



## **TRABAJO FIN DE GRADO**

### **DESPIDO OBJETIVO A CAUSA DE INCAPACIDAD TEMPORAL CUANDO HAY UNA DISCAPACIDAD.**

*Autora.*

Ana Cristina Castillo Díaz

*Director.*

Dr. Manuel Gonzáles Labrada

Facultad de Ciencias Sociales y del Trabajo  
de la Universidad de Zaragoza

**2019**

## Contenido

I.	INTRODUCCIÓN .....	3
II.	OBJETIVOS.....	5
III.	METODOLOGÍA .....	6
IV.	REGULACIÓN DE LA DISCAPACIDAD A NIVEL NACIONAL E INTERNACIONAL.....	7
IV.1	Instrumentos adoptados en el seno de la Organización de Naciones Unidas .....	7
IV.2	La discapacidad desde la perspectiva de la Organización Internacional del Trabajo ...	13
IV.3	La discapacidad en los instrumentos del consejo de Europa.....	15
IV.4	El Derecho Comunitario y la discapacidad .....	16
IV.4.a)	Primeras iniciativas .....	16
IV.4.b)	La acción comunitaria posterior al Tratado de Ámsterdam. ....	18
IV.5	La discapacidad en la normativa española.....	21
V.	DISCAPACIDAD, SUSPENSIÓN - EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO. ....	27
V.1	Incapacidad Temporal del trabajador .....	27
V.2	Incapacidad Permanente del trabajador.....	28
V.3	Incapacidad Permanente Parcial, o con lesiones no invalidantes.....	29
V.4	Incapacidad Permanente Absoluta y Gran Invalidez.....	30
VI.	DESPIDO OBJETIVO POR ABSENTISMO E INEPTITUD SOBREVENIDA DEL TRABAJADOR. ...	30
VI.1	Por Absentismo .....	30
VI.2	Ineptitud sobrevenida del trabajador.....	31
VII.	ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA .....	33
VII.1	Asunto Sonia Chacón Navas contra Eurest Colectividades SA. ....	33
VII.2	Asunto Fag og Arbejde (FOA), contra Kommunernes Landsforening (KL). ....	34
VII.3	Asunto Mohamed Daouidi contra Bootes Plus, S.L.....	37
VII.4	Asunto Maximiliano contra Ferroser Servicios Auxiliares SA.....	38
VII.5	Asunto Sra. M.E.S.Z. ....	39
VIII.	CONCLUSIONES. ....	46
IX.	BIBLIOGRAFÍA. ....	48
X.	ANEXO I. ....	49
XI.	ANEXO II.....	51

## I. INTRODUCCIÓN

Es muy común escuchar la frase “el trabajo dignifica al hombre” (Karl Marx 1818-1883), pero mi pregunta es ¿realmente se encuentra el hombre dignificado por el trabajo? creo que cuando hablamos de precariedad laboral, es porque en muchos aspectos, hacemos alusión a situaciones laborales que divagan entre las leyes que la regulan. Sin ir más lejos los despidos calificados como procedentes, por causas que divergen de una justa causa, como es el despido por causas objetivas, de un trabajador enfermo, o aquejado de alguna dolencia que le impide desempeñar sus funciones diarias de manera normal, o que se encuentra en situación de discapacidad, a este análisis se ciñe, este trabajo de fin de grado.

Analizaremos algunas cuestiones, en las que la procedencia del despido objetivo por causas como la “Ineptitud sobrevenida del trabajador”, o el “Absentismo” contempladas en el artículo 52 apartado a) y d) del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Puede resultar algo confuso cuando hablamos de “DESPIDO OBJETIVO A CAUSA DE INCAPACIDAD TEMPORAL CUANDO HAY UNA DISCAPACIDAD”, pero la controversia de esta cuestión resultó cuando el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, suscitó la duda, en la que concluyó en uno de sus pronunciamientos, que el despido de un trabajador que se encuentra en situación de Incapacidad Temporal, puede ser considerado discriminatorio y, por tanto, nulo si la limitación de la capacidad del trabajador se califica como “duradera”.

Los tribunales españoles, ante la duda, prefieren hacer una petición de decisión prejudicial, al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que principalmente, resuelve mediante dos Directivas; la Directiva 2000/43/CE, de 29 de junio de 2000, y la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, esta última relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. convirtiéndose en normas fundamentales en materia de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad en el trabajo.

Aunque desde la perspectiva jurídica la discapacidad está abordada dentro de una normativa que la “protege”, en los tribunales se seguirán planteando cuestiones que generen controversia, como es el caso de aquellas personas que, por una enfermedad, o dolencia, se encuentran en situación de Incapacidad Temporal, con previsión de mejoría incierta, o con recaídas constantes, que no cumplen los requisitos o, no tiene la gravedad suficiente, para llegar a considerarles un grado de Incapacidad Permanente, pero que tampoco llegan a la situación de normalidad para desempeñar sus actividades cotidianas, como el ir al trabajo.

Para entender de manera más clara este planteamiento que hago, me remontaré al pasado para indagar sobre cómo se ha regulado la discapacidad en el mercado de trabajo, a nivel nacional e

internacional. Partiendo de la idea de que la discapacidad ha experimentado una evolución a lo largo de la historia, es en estas últimas décadas en las que se le ha dado un lugar haciéndola parte de las políticas sociales y desarrollo, a través de normas que defienden la igualdad de oportunidades y no discriminación, principalmente en el mercado de trabajo, que es donde se perciben con mayor intensidad.

## II. OBJETIVOS.

Ante la posibilidad de realizar el Trabajo Fin de Grado, con el Dr. Manuel González Labrada, en los estudios de Relaciones Laborales y Recursos Humanos, de la facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Zaragoza.

De acuerdo a mis preferencias, que siempre se han inclinado por el Derecho Laboral, por las áreas que toca como: contratación, seguridad social, resolución de conflictos, y con vistas a lo que en un futuro cercano me gustaría dedicar. La rama escogida para realizar el trabajo fue la de Derecho Laboral, y Seguridad Social. El tema a investigar, trata sobre el “Despido Objetivo a causa de Incapacidad Temporal cuando hay una Discapacidad”, es un tema que me pareció muy interesante a tratar, por las recientes sentencias que se han resuelto en los tribunales, y que han generado cierta controversia con sus resoluciones, que considero en el tiempo van a marcar un antes y un después.

De acuerdo con los conocimientos que adquirí en la carrera, los adquiridos a lo largo de mi vida formativa, y la tutorización del profesor, los he puesto en práctica en la realización de este trabajo. He afianzado mi capacidad de análisis y comprensión de textos, en materia jurídica, y la interpretación de normas en su contexto, y la utilización de un lenguaje correcto en su transcripción.

Gracias a este trabajo he ampliado mis conocimientos en cuanto a normativa europea y española, y he seguido la evolución de la normativa que regula a la discapacidad en el mercado de trabajo. Me he podido dar cuenta de lo importante que resulta una modificación de una norma, sobre todo para colectivos que por la condición que sea sufren algún tipo de discapacidad.

Espero haber plasmado es este trabajo de forma correcta, lo aprendido en la carrera, y de estar manera dar por finalizado mi paso por la universidad.

### III. METODOLOGÍA

Desde el mes el febrero de 2019, he estado en contacto con mi tutor, de manera personal y a través de correo electrónico, para resolver mis dudas, y servirme de apoyo en la estructura de este Trabajo Fin de Carrera.

En cada una de nuestras tutorías, presentaba un análisis del material que me había facilitado, debatíamos el tema, y lo estructurábamos descartando lo que no fuera relevante para el tema del trabajo.

Empezamos por la parte de normativa, nacional e internacional, continuamos por el análisis de la influencia de la discapacidad en campo laboral, y por último el análisis de las sentencias más relevantes para este tema en cuestión.

El soporte utilizado para trabajar, fueron principalmente tres libros, dos artículos, cinco sentencias. Aparte de esto, noticias de actualidad, otros artículos, y páginas de internet, principalmente las del BOE, ONU, OMS, OIT.

## IV. REGULACIÓN DE LA DISCAPACIDAD A NIVEL NACIONAL E INTERNACIONAL.

### IV.1 Instrumentos adoptados en el seno de la Organización de Naciones Unidas

El tema de la discapacidad se empieza a tratar a partir de la Primera Guerra Mundial a consecuencia de las secuelas físicas que dejó el conflicto, basándose en los cuidados médicos, rehabilitación y la asistencia social. Con el paso del tiempo, dicho concepto de discapacidad se ha ido ampliando de un ámbito médico a uno más social basado en los derechos humanos.

Pero no fue hasta la década de los 70', cuando se le empieza a prestar cuidadosa atención a la integración social de las personas con discapacidad, con la “**Declaración Universal de los Derechos del Impedido**”<sup>1</sup>, proclamada por la Asamblea General de la ONU, el 9 de diciembre de 1975, y redactada en base a resoluciones anteriores, como la de “Prevención de la incapacitación y la readaptación de los incapacitados”<sup>2</sup>, aquí el término “Impedido”, designa a toda persona incapacitada de subvenir por sí misma, en su totalidad o en parte, a las necesidades de una vida individual o social normal a consecuencia de una deficiencia, congénita o no, de sus facultades físicas o mentales, y el disfrute de todos los derechos sin excepción alguna y sin distinción ni discriminación por motivos de: raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, fortuna, nacimiento o cualquier otra circunstancia, tanto si se refiere personalmente al impedido como a su familia.

La declaración de los “Derechos de los Impedidos” tenía como objetivo, servir de base y referencia común, tanto en el plano nacional como internacional, la adopción de medidas necesarias para la protección de dichos derechos, y el fomento del desarrollo de sus aptitudes en la sociedad para facilitar su incorporación a la vida social normal.

Más adelante, en diciembre de 1976, la asamblea general de la ONU por Resolución, proclama el año 1981, como el “**Año Internacional de los Impedidos**”<sup>3</sup>, con el lema “Participación Plena” haciendo referencia en su apartado *b*), a la puesta a disposición del Discapacitado, las oportunidades de un trabajo adecuado, y el aseguramiento de su integración plena en la sociedad.

---

<sup>1</sup> Resolución 3447 (XXX), del 9 de diciembre de 1975. Declaración Universal de los Derechos del Impedido.

<sup>2</sup> Resolución 1921(LVIII), del 6 de mayo de 1975. Prevención de la incapacitación y la readaptación de los incapacitados.

<sup>3</sup> Resolución 31/123, de 16 de diciembre de 1976. Año Internacional de los Impedidos. “*Participación Plena*”

Tres años después, en 1979, se decide ampliar el lema del, “Participación Plena”, por “Participación e Igualdad plenas”<sup>4</sup>.

A finales de 1981, la Asamblea General instó a los Estados Miembros, al Secretario General, a los Organismos Especializados y otras Organizaciones de Naciones Unidas a que adoptaran medidas o aceleraran las que ya estuvieran en marcha para mejorar las oportunidades de empleo de las personas discapacitadas en dichas organizaciones, y la propuesta de proclamar el **Decenio de las Naciones Unidas para el periodo de 1983-1992**<sup>5</sup>.

El objetivo es que gobiernos y las organizaciones consigan en este periodo, la ejecución en la mejora de oportunidades en educación y formación, empleo, ciencia y tecnología, para las personas con discapacidad<sup>6</sup>.

En 1982, el **Programa de Acción Mundial para los Impedidos**, (actualmente Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad) toma como tema central la “Igualdad de oportunidades”, basándose en tres objetivos claves:

- 1- Mejorar la prevención de la discapacidad.
- 2- Mejorar la rehabilitación.
- 3- Y la Igualdad de oportunidades,

Esto último, a través de la adopción de medidas, como el establecimiento de programas que creen puestos de trabajo para discapacitados, talleres protegidos y de producción, enclaves protegidos como la contratación preferente, sistemas de cuotas, subvenciones a los empleadores que capaciten y que posteriormente los contraten, fomento de cooperativas de discapacitados y, la aplicación más amplia de principios ergonómicos que permita la adaptación, a costo relativamente reducido, del lugar de trabajo, las herramientas, la maquinaria y el equipo, acorde con las necesidades de los discapacitados.

Para llevarlo a cabo fue necesario la implicación de los Estados, organizaciones de empresarios y trabajadores con organizaciones representativas de las personas con discapacidad<sup>7</sup>.

En 1987 se celebró en Estocolmo la Reunión Mundial de Expertos para examinar la marcha de la ejecución del Programa de “Acción Mundial para los Impedidos” al cumplirse la mitad del Decenio de las Naciones Unidas para las personas con discapacidad. Se propuso que se elaborara una doctrina rectora que indicase las prioridades de acción en el futuro y que esa doctrina se basara

---

<sup>4</sup> Resolución 34/154, de 17 de diciembre de 1979. Año Internacional de los Impedidos. “*Participación e Igualdad plenas*”

<sup>5</sup> Resolución 36/77, del 8 de diciembre de 1981.

<sup>6</sup> Resolución 37/53, del 3 de diciembre de 1982. Decenio de las Naciones Unidas para los Impedidos.

<sup>7</sup> Resolución 37/52, del 3 de diciembre de 1982. Puntos 8 y 9



en eliminar todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad. Este programa se revisa cada cinco años (1987, 1992, 1997, 2002)<sup>8</sup>.

Más adelante se propone, que los países en vía de desarrollo, reciban cooperación internacional para que estos promuevan medidas eficaces en la implementación del “**Programa de Acción Mundial y los objetivos de la década**”. Se toma en cuenta el Anexo que contiene, las **Directrices de Tallin** para el desarrollo de los Recursos Humanos en la esfera de discapacitados, sobre todo en educación y empleo.

El Anexo, contiene una estrategia a seguir de nueve puntos.

- 1- Participación de las personas con impedimentos.
- 2- Promoción de las iniciativas de base.
- 3- Promoción de un enfoque integrado.
- 4- Fomento de la educación y de la capacitación.
- 5- Promoción del empleo.
- 6- Disposiciones para la financiación.
- 7- Sensibilización de la comunidad.
- 8- Perfeccionamiento de la metodología para el desarrollo de los recursos humanos.
- 9- Cooperación regional e internacional<sup>9</sup>.

En su apartado de “Promoción para el empleo”; se proponen medidas para favorecer el empleo de las personas con discapacidad en el mercado ordinario de trabajo, medidas tales como: (Punto cinco)

- Tener derecho a formar parte de los programas generales de desarrollo y capacitación.
- Las oportunidades de empleo deben estar relacionadas con las normas laborales y salariales aplicables a todos los trabajadores y, subsidiariamente, mediante medidas de apoyo o incentivos especiales. Teniendo la oportunidad de trabajar por cuenta propia, en cooperativas y otras formas de trabajo en grupo que generen ingresos. Deben incluirse en campañas especiales de empleo que se lancen en escala nacional para los jóvenes y los desempleados. Cuando opten al mismo puesto de trabajo, una persona discapacitada y otra no, deba escogerse a la persona discapacitada.
- Las organizaciones de empleadores y trabajadores deben adoptar, en cooperación con las organizaciones de discapacitados, políticas que promuevan por igualdad la capacitación y el empleo de personas discapacitadas.

---

<sup>8</sup> Resolución 42/58, del 30 de noviembre de 1987. Ejecución del programa de acción Mundial para los Impedidos y Decenio de las Naciones Unidas para los Impedidos.

<sup>9</sup> *Directrices de Tallin*, Reunión Internacional sobre Recursos Humanos, Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, del 14 hasta el 22 de agosto de 1989.

- Deben formularse y aplicarse políticas compensatorias para fomentar el empleo de mujeres discapacitadas, y a la vez ser apoyados por los gobiernos y las organizaciones no gubernamentales<sup>10</sup>.

La **Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Viena en 1993**, fue de gran ayuda en la historia de las Naciones Unidas, para alcanzar los esfuerzos encaminados a lograr la observancia de los principios de la Carta de las Naciones Unidas y de la Declaración Universal de Derechos Humanos. En la Declaración y el Programa de Acción de Viena se hace especial mención a los discapacitados dos de sus apartados:

- Apartado 22 – “Es menester prestar especial atención a la no discriminación y al disfrute, en igualdad de condiciones, por parte de los discapacitados de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales, incluida su participación activa en todos los aspectos de la sociedad”
- Apartado 64 – “El lugar de las personas discapacitadas está en todas partes. A las personas con discapacidades debe garantizárseles la igualdad de oportunidades mediante la supresión de todos los obstáculos determinados socialmente, ya sean físicos, económicos, sociales o psicológicos, que excluyan o restrinjan su plena participación en la sociedad<sup>11</sup>.

Para evitar posibles discrepancias en la interpretación de las resoluciones adoptadas, se propone la elaboración de una guía de referencia para que los Estados Partes puedan identificar con mayor precisión las obligaciones que deben adoptar, tomando mayor conciencia de las personas con discapacidad, sus derechos, necesidades, posibilidades y su contribución a la sociedad. Fue así como se elaboraron, las “**Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para los niños, los jóvenes y los adultos con discapacidad**”, con finalidad de garantizar que todas las personas que padezcan discapacidad puedan tener los mismos derechos y obligaciones que los demás sin dejar de lado la rehabilitación y la prevención. Aunque estas normas no sean obligatorias pueden ser normas internacionales por el número de países afectados por las mismas. El empleo se contempla en la norma siete<sup>12</sup>.

A finales de 1994, en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 (y que entró en vigor en 1976), y tomando como referencia las “Normas Uniformes”, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales aprobó la “**Observación General Nº5 sobre la Discapacidad**”, y definió los derechos de las personas con discapacidad, refiriéndose expresamente a su derecho al disfrute de salud física y mental que implica también

---

<sup>10</sup> Resolución 44/70, a 8 de diciembre de 1989. *Anexo*. Programa de Acción Mundial y los objetivos de la década

<sup>11</sup> A/CONF.157/24 (PART I), págs. nº27 y 43, de 13 de octubre de 1993. Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Viena, 14 a 25 de junio de 1993.

<sup>12</sup> Resolución 48/96, a 20 de diciembre de 1993. Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para los niños, los jóvenes y los adultos con discapacidad. Norma nº7.

el derecho a tener acceso a los servicios médicos y sociales que les permitan alcanzar y mantener un nivel óptimo de autonomía y movilidad. Promoviendo disposiciones laborales flexibles y alternativas que atiendan las necesidades de los trabajadores con discapacidad, como:

- La Ergonomía en el acceso al puesto de trabajo, incluyendo las distintas formas de transporte público.
- El "Derecho a un trabajo libremente escogido o aceptado" prohibiendo los trabajos forzados (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>13</sup>).
- Las condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias (Salarios), tanto si trabajan en instalaciones protegidas como si trabajan en el mercado laboral libre.
- Y con derecho a la plena participación de representantes de personas con discapacidad.

En cuanto a Seguridad Social, los Estados tendrán que velar por asegurar la prestación de apoyo, en materia de ingresos, debido a la discapacidad o a factores relacionados con ésta, así los hayan perdido temporalmente, sea este reducido o se hayan visto privadas de oportunidades de empleo. Incluyendo necesidades especiales de asistencia, como los gastos asociados por el apoyo prestado por familiares (que en su inmensa mayoría son mujeres)<sup>14</sup>.

En el año 2000, la Comisión de las Naciones Unidas sobre derechos humanos, le encargo a la Alta Comisionada para los derechos humanos, un estudio para evaluar las normas y mecanismos existentes en materia de Derechos Humanos y Discapacidad<sup>15</sup>. Las conclusiones preliminares se presentaron en la Oficina de la Alta Comisionada en Ginebra en enero de 2002.

Dando paso a lo que actualmente es la norma de referencia, la **Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad**, aprobada en Nueva York, ratificada por España en Madrid, el 23 de noviembre de 2007<sup>16</sup> y cuya entrada en vigor se produjo el 3 de mayo de 2008.

En el preámbulo de su letra e) se da el reconocimiento a la discapacidad en un concepto de EVOLUCIÓN más allá del modelo médico y social, y habla de la INTERACCIÓN entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

---

13 Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

<sup>14</sup> Resolución 48/96, de 20 de diciembre de 1993 - Disposiciones específicas del Pacto, Letra B. Art. 6-8 Derechos relacionados con el trabajo.

<sup>15</sup> Resolución 2000/51, Derechos humanos de las personas con discapacidad.

<sup>16</sup> Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.

Se define como discapacidad, las deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás (Art. 1).

Comprometiendo a los estados partes a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales, sin discriminación alguna por motivos de discapacidad, y tomando todas las medidas pertinentes para que ninguna persona, organización o empresa privada discrimine por este mismo motivo (Art. 4 e).

Para promover la igualdad y eliminar la discriminación, los Estados Partes adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables (Art. 5.3).

En cuanto a trabajo y empleo, se salvaguardará y promoverá ese derecho, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo, adoptando medidas pertinentes, incluida la promulgación de legislación (Art. 27)<sup>17</sup>

Esta Convención complementa a los demás Tratados internacionales sobre Derechos Humanos y refuerza el marco jurídico español. En el informe sobre la adaptación de la legislación española a la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad, en lo que se refiere a materia de empleo, una de las modificaciones en empleo público, es la elevación del porcentaje de reserva de plazas a favor de las personas con discapacidad, pasando de cinco a siete por ciento y la adopción de medidas para asegurar el cumplimiento de la cuota de reserva del dos por cien, en las empresas con cincuenta o más empleados, y estudiar las medidas ya existentes o alternativas que conduzcan a la contratación en el empleo ordinario<sup>18</sup>.

Como podemos ver, la conceptualización de discapacidad, ha ido evolucionando con el tiempo, de basarse en un modelo médico e individual, a desarrollarse en uno más social; de cambiar la terminología inadecuada de anormal, deficiente, diferente, discapacitado, incapacitado, minusválido, por la forma correcta de “Persona con discapacidad” o el término más reciente de diversidad funcional.

Pero lo más relevante conseguido en esta convención, es que la discapacidad se presenta con un carácter de inclusión más amplio, con respecto a todos sus precedentes; hablamos de un nuevo modelo que asocia aquellas cuestiones que le impiden a una persona el desarrollo normal en su vida diaria, con aquellos cambios en el mundo del trabajo, como son los riesgos psicosociales, factores psicológicos, que terminan desencadenando en enfermedades profesionales, repercutiendo negativamente en la relación laboral. Llevando estas situaciones a los tribunales

---

<sup>17</sup> Resolución 61/106, de 13 de diciembre de 2006.

<sup>18</sup> Real Decreto 406/2010, de 31 de marzo, por el que se aprueba la oferta de empleo público para el año 2010. (art. 5)

para que sean ellos quienes clarifiquen los supuestos vinculados a tales riesgos que puedan derivar en carácter incapacitante<sup>19</sup>.

Según la definición dada por la Organización Mundial de la Salud, la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF) define la discapacidad como un término genérico que abarca deficiencias, limitaciones de la actividad y restricciones a la participación. Se entiende por discapacidad la interacción entre las personas que padecen alguna enfermedad (por ejemplo, parálisis cerebral, síndrome de Down y depresión) y factores personales y ambientales (por ejemplo, actitudes negativas, transporte y edificios públicos inaccesibles y un apoyo social limitado). La discapacidad forma parte de la condición humana pues casi todas las personas sufrirán algún tipo de discapacidad transitoria o permanente en algún momento de su vida, ya sea por cuestiones accidentales como por el envejecimiento. La definición dada por la OMS, ya interacciona dos aspectos fundamentales; las características de la sociedad en que vivimos y las características del organismo humano, aunque queda por aclarar ciertos matices que al no estar debidamente enmarcados dentro de los parámetros que marca la ley, nos llevan a divagar sobre la cuestión, de si existe o no una discapacidad.

#### IV.2 La discapacidad desde la perspectiva de la Organización Internacional del Trabajo

Esta Organización, por su naturaleza, está centrada fundamentalmente en el empleo digno y los derechos laborales, fomenta el cumplimiento de los mismos a través de Convenios y Recomendaciones.

La adopción de la Recomendación sobre la organización del empleo, de 20 de abril de 1944, es el comienzo de una serie de medidas para la integración de las personas con discapacidad, como son: promover el pleno empleo de los trabajadores a fin de satisfacer las necesidades vitales de las poblaciones y elevar el nivel de vida en el mundo entero.

Durante el período de transición de la guerra a la paz fue necesaria la adopción de medidas especiales, consistentes en ayudar a los interesados a que encuentren rápidamente los empleos más adecuados, principalmente a fin de facilitar la reintegración al trabajo de los miembros de las fuerzas armadas que hayan sido desmovilizados y de los trabajadores de las industrias de guerra<sup>20</sup>. En particular, el Principio X recoge una serie de recomendaciones y de actuación para el **“Empleo de trabajadores inválidos”**

---

<sup>19</sup> MELLA, L. (Ed.). (2017). *“Los actuales cambios sociales y laborales: nuevos retos para el mundo del trabajo”*. *Cambios sociales y nuevos retos para la igualdad y la salud (España, Portugal, Francia, Italia, Brasil)*. Coordinadora: Silvia Fernandez Peter Lang, Vol. 2, pag. 359 (11-490)

<sup>20</sup> Recomendación nº 71, Organización del Empleo, de 1944, “Transición de la guerra a la paz”.

La Recomendación sobre la Adaptación y la Readaptación profesionales de los inválidos, fue una medida para conseguir una más rápida reintegración tanto de hombres y mujeres en la distribución de empleo adecuado, de acuerdo con el principio de igualdad de oportunidades, donde se tendrían en cuenta únicamente los méritos, experiencia y habilidades individuales. Se tomaron medidas para estimular el establecimiento de tasas de salario según la naturaleza del trabajo, sin distinción del sexo del trabajador. Los trabajadores inválidos, cualquiera que sea el origen de su invalidez, dispondrían de amplias facilidades de orientación profesional especializada, de formación y reeducación profesionales, de colocación selectiva en un empleo adecuado y conservar el mismo<sup>21</sup>. Acoge, como novedad, las **definiciones** de adaptación y readaptación profesionales y de inválido.

El Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111) insta a los Estados Miembro llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados, las condiciones y a las prácticas nacionales, en igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación, que pueda ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados, con objetivo de eliminar cualquier discriminación a este respecto (art. 2 y 3)<sup>22</sup>., incorporándose la **invalidez como causa de discriminación** necesitada de protección o asistencia especial (art.5).

El progreso experimentado desde la adopción de la Recomendación número 99 de 1955 va a permitir en 1983 la adopción de un Convenio de naturaleza vinculante, como una **medida de acción positiva**, que se aplicará y revisará periódicamente toda política nacional sobre la readaptación profesional y el empleo de personas discapacitadas, para garantizar su acceso en el mercado regular de empleo, consultándolo con las organizaciones representativas de empleadores, de trabajadores y las constituidas por personas inválidas o que se ocupan de dichas personas, y todas las medidas para lograr la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre los trabajadores con discapacidad y los demás trabajadores<sup>23</sup>.

Habiendo tomado como base las normas internacionales existentes y las contenidas en la Recomendación sobre la Adaptación y la Readaptación profesional de los inválidos de 1955, y el Convenio sobre Readaptación profesional y el empleo de 1983, ese mismo año se crea la Recomendación nº 168 sobre readaptación profesional de personas inválidas, para fomentar que

---

<sup>21</sup> Recomendación nº 99, Adaptación y la Readaptación Profesionales de los inválidos, 1955.

<sup>22</sup> Recomendación nº 111, Discriminación en materia de empleo y ocupación, 1958 / Convenio nº 111, relativo a la Discriminación en materia de empleo y ocupación (Entrada en vigor: 15 junio 1960) y ratificado por España por Instrumento de 26 de octubre de 1967 (BOE, 4 diciembre de 1968)

<sup>23</sup> Convenio nº159, Readaptación profesional y el empleo (personas inválidas), 1983. (Entrada en vigor: 20 junio 1985)

todas las medidas adoptadas anteriormente se lleven a cabo. Se adopta un **modelo más social** donde se habla de incentivos económicos para alentar a los empleadores a adaptar dentro de lo razonable lugares de trabajo y la ayuda gubernamental adecuada a la formación profesional, la orientación profesional, el empleo protegido y los servicios de colocación, la posibilidad de trabajar media jornada, la creación de pequeñas empresas y talleres de producción o cooperativas, la eliminación de barreras arquitectónicas y transporte público adaptado, y se presta especial atención a la Readaptación Profesional en las Zonas Rurales<sup>24</sup>.

Más adelante en convenios y Recomendaciones posteriores, como el trabajo a media jornada<sup>25</sup> o las agencias de empleo privadas<sup>26</sup>, los trabajadores discapacitados tendrán una especial atención en el marco de las políticas de empleo (art. 9.2 C) Convenio N.º 175) o se promoverán la igualdad de oportunidades y de trato en materia de acceso al empleo y a las diferentes profesiones sin discriminación alguna con inclusión de la discapacidad (art. 5 Convenio 181)

### **La creación de pequeñas y medianas empresas.**

Finalmente, en la Recomendación sobre la creación de pequeñas y medianas empresas se fomenta la participación en la economía de los grupos desfavorecidos y marginados de la sociedad, mejorando las condiciones y calidad de trabajo, siendo partícipes de actividades donde se promueva la ética profesional, la igualdad entre hombres y mujeres y la no discriminación<sup>27</sup>.

## **IV.3 La discapacidad en los instrumentos del consejo de Europa**

En 1950 se redacta el primer Convenio Europeo de Derechos Humanos, no hace referencia especial a las personas discapacitadas, pero lo generaliza en un artículo donde se enfatiza la “Prohibición de discriminación, sin distinción alguna especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación” (art. 14)<sup>28</sup>.

Sin embargo, en 1961 a partir de la adopción de la Carta Social Europea aprobada en Turín, se incorporan los instrumentos necesarios para que a las personas con discapacidad se les oriente hacia un modelo más social y no solo en un enfoque médico, donde se habla de la integración laboral de las personas con discapacidad física, otorgándoles el derecho a la formación profesional y a la readaptación profesional y social (art. 15)<sup>29</sup>. En su versión revisada de 1996 se amplía el

---

<sup>24</sup> Recomendación nº168, Readaptación profesional y el empleo de personas inválidas, 1983.

<sup>25</sup> Convenio nº175, Trabajo a tiempo parcial, 1994. (Entrada en vigor: 28 febrero 1998)

<sup>26</sup> Convenio nº181, Las agencias de empleo privadas, 1997. (Entrada en vigor: 10 mayo 2000)

<sup>27</sup> Recomendación nº189, La creación de empleos en las pequeñas y medianas empresas, 1998

<sup>28</sup> Convenio, Para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950. Publicado en BOE el 10 de octubre de 1979.

<sup>29</sup> Carta Social Europea, en Turín de 18 de octubre de 1961. Ratificado en España el 6 de mayo de 1980.

contexto de discapacidad, a todo tipo de discapacidad, cualquiera que sea su naturaleza u origen, y de su Derecho a la autonomía, a la integración social y a la participación en la vida de la comunidad. A modo de ejemplo, se da preferencia a la integración en el mercado ordinario de trabajo, dejando el empleo protegido como una alternativa en caso de no ser posible el primero<sup>30</sup>.

#### IV.4 El Derecho Comunitario y la discapacidad

Lo más destacable en este espacio normativo es el reconocimiento de la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad en todos los ámbitos.

##### IV.4.a) Primeras iniciativas

Con anterioridad al tratado de Ámsterdam, en 1974, se crea el **Primer Programa de Acción Comunitaria para la Readaptación Profesional de los Minusválidos**. Se establecieron una serie de programas de formación profesional para personas con discapacidad con el objetivo de ayudar a que puedan llevar una vida normal, independiente y plenamente integrada en la sociedad, sin distinción de edades, tipos de discapacidad y para todas las acciones de readaptación<sup>31</sup>. Pero para llevarlo a cabo también se vio la necesidad de promover la integración social, económica, y profesional de los disminuidos a nivel comunitario, que llegaría siete años más tarde a través de una nueva Resolución<sup>32</sup> y serviría como base al programa conocido como HELIOS.

Se diseñó un instrumento de integración mediante esta Resolución, que sirvió de guía a los Estados Miembros en la elaboración de estrategias y políticas sobre discapacidad. En un principio se basaron más en el área de Sanidad Pública como es la rehabilitación<sup>33</sup>, pero más adelante en 1992 dicha Resolución fue revisada y sustituida por una de contenido más coherente en materia de personas con discapacidad, reconociendo la Readaptación a través de la integración económica y social<sup>34</sup>.

Fruto de la Resolución sobre la “Integración social de los minusválidos” nace el **Segundo Programa de Acción Comunitaria “HELIOS I”** (1988-1991), visto el aumento acelerado del nivel de vida, el objetivo principal estaba orientado a promover una vida normal independiente y la integración social para los disminuidos, y ser un complemento a todas las medidas antes adoptadas.<sup>35</sup> Finalizado este periodo de vigencia, se aprueba un Tercer Programa de Acción Comunitaria, conocido como **“HELIOS II”** (1993-1996) con los mismos objetivos anteriores pero con una mayor implicación de las organizaciones no gubernamentales (ONG), la

---

<sup>30</sup> Carta Social Europea revisada, en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996.

<sup>31</sup> Resolución del Consejo del 27 de junio de 1974.

<sup>32</sup> Resolución del Consejo del 21 de diciembre de 1981.

<sup>33</sup> Resolución nº AP (84) 3, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 17 de septiembre de 1984.

<sup>34</sup> Recomendación nº R (92) 6, del Comité de Ministros de los Estados Miembros, de 9 de abril de 1992.

<sup>35</sup> Decisión del Consejo, de 18 de abril de 1988 (HELIOS).



accesibilidad arquitectónica, el transporte y las soluciones tecnológicas para la comunicación y la autonomía<sup>36</sup>.

Dentro de la “Iniciativa comunitaria sobre empleo y desarrollo de los recursos humanos” se adoptaron cuatro programas para determinados colectivos: mujeres, jóvenes, personas desfavorecidas y discapacitados. Estos últimos se integran dentro de las actividades comprendidas en el **programa HORIZON** (1994-1999) que se concentra en la promoción de la integración en el mercado de trabajo de las personas desfavorecidas, pero prioritariamente a las acciones en favor de los discapacitados, subvencionando medidas tecnológicas innovadoras, que les permitan el fácil acceso a nuevos empleos proporcionándoles orientación profesional, información, asesoramiento, formación, y los conocimientos prácticos para la puesta en marcha de empresas, cooperativas y asociaciones de los sectores público y privado<sup>37</sup>.

De otro lado, también en la década de los 80 del siglo pasado se adopta la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores que viene a reforzar los derechos de los discapacitados y establece que, independientemente de la naturaleza de su discapacidad, debe poder beneficiarse de medidas adicionales concretas (formación profesional, la ergonomía, la accesibilidad, la movilidad, los medios de transporte y la vivienda) que favorezcan su integración profesional y social (art.26)<sup>38</sup>.

Estas iniciativas se completaron más tarde en 1996, con la Comunicación de una nueva estrategia sobre la igualdad de oportunidades de las personas con minusvalía<sup>39</sup> y van en concordancia con las “Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad” de las Naciones Unidas<sup>40</sup> cuyo objetivo era el de otorgarles los mismos derechos y obligaciones que los demás, sin dejar de lado la rehabilitación y la prevención, establecer la cooperación entre los Estados Miembros, fomentar el dialogo entre interlocutores y seguir apoyando a las ONG en el ámbito de las personas con discapacidad.

En diciembre de ese mismo año el Consejo de la Unión Europea y los Representantes de los Gobiernos de los estados miembros, sientan las bases de esa nueva estrategia comunitaria, a través de una Resolución fundada en el respeto de los diversos sistemas existentes en la UE y sobre el valor añadido que aportarían directrices comunes en favor de alcanzar los objetivos políticos, sobre el reconocimiento del Derecho de la igualdad de oportunidades de las personas con minusvalías. Toman como referencia:

---

<sup>36</sup> Decisión del Consejo, de 25 de febrero de 1993, (HELIOS II).

<sup>37</sup> Iniciativa comunitaria sobre el empleo y el desarrollo de los recursos humanos, 1994-1999, (HORIZON)

<sup>38</sup> Estrasburgo, 9 de diciembre de 1989.

<sup>39</sup> Comunicación de la Comisión Europea, el 30 de julio de 1996. COM (96) 406.

<sup>40</sup> Resolución 48/96, a 20 de diciembre de 1993.

- La Normas Estándar de la ONU “Igualdad de oportunidades de las personas con minusvalía”.
- La política coherente de integración de las personas con minusvalías. (Resolución 1992).
- El principio de igualdad de oportunidades en el desarrollo de políticas globales en materia de minusvalía
- El principio de evitar o eliminar cualquier forma de discriminación negativa exclusivamente por causa de minusvalía<sup>41</sup>.

De otro lado, también en la década de los 80 del siglo pasado se adopta la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores que viene a reforzar los derechos de los discapacitados y establece que, independientemente de la naturaleza de su discapacidad, debe poder beneficiarse de medidas adicionales concretas (formación profesional, la ergonomía, la accesibilidad, la movilidad, los medios de transporte y la vivienda) que favorezcan su integración profesional y social (art.26)<sup>42</sup>.

#### IV.4.b) La acción comunitaria posterior al Tratado de Ámsterdam.

El 2 de octubre de 1997 se aprueba el Tratado de Ámsterdam, que modifica el tratado de Maastricht y que por primera vez se da especial trascendencia a dos aspectos importantes; siendo uno de ellos, el principio de la no discriminación, adoptando medidas para luchar contra varios factores, entre ellos la discriminación por discapacidad, y la promoción de igualdad de oportunidades, que posteriormente servirían de base a dos importantes Directivas<sup>43</sup>. La Declaración número 22 del Tratado de Ámsterdam se incluyó en el Acta final y establece una garantía en favor de las personas discapacitadas al establecer que las instituciones comunitarias deberían tener en cuenta las necesidades de las personas con discapacidad al adoptar medidas de aproximación de las legislaciones de los Estados miembros.

A partir del año 2000 y mediante la aprobación de dos importantes directivas, la Directiva 2000/43 y la Directiva 2000/78/ del Consejo Europeo; la primera amplía el objetivo Comunitario de garantizar, la **igualdad de trato** de las personas independientemente de su origen racial o étnico, y que hasta ese entonces solo se contemplaba desde la perspectiva de género y nacionalidad<sup>44</sup>, y la segunda, que establece un marco general en el ámbito de empleo y ocupación, para hacer frente a la **discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de**

---

<sup>41</sup> Resolución del Consejo y de los representantes de los Gobiernos de los Estados Miembros, de 20 de diciembre de 1996 sobre la igualdad de oportunidades de las personas con minusvalías. (C12)

<sup>42</sup> Estrasburgo, 9 de diciembre de 1989.

<sup>43</sup> Tratado de Ámsterdam por el que se modifican el Tratado de la UE, los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, de 2 de octubre de 1997.

<sup>44</sup> Directiva 2000/43 del Consejo Europeo, de 29 de junio de 2000. (L 180/22)

**orientación sexual**; aquí ya se habla de discriminación directa e indirecta, del acoso, y como acciones positivas se habla de los ajustes razonables a favor de las personas con discapacidad<sup>45</sup>.

Ese mismo año también se proclama en Niza la **Carta de los Derechos Fundamentales de la UE**, donde hace referencia a los discapacitados en dos de sus artículos; la no discriminación por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual y discriminación por razón de nacionalidad, (art.21) y en otro artículo habla de la Integración de las personas discapacitadas reconociéndoles y respetando el derecho a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad, (art.26)<sup>46</sup>. Este tratado entra en vigor el día 1 de febrero de 2003. Esta carta tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados (art. 6.1), en el año 2007 en el Tratado de Reforma de Lisboa, que entra en vigor el 1 de diciembre de 2009<sup>47</sup>.

La Comisión examina las políticas que pueden contribuir a mejorar la accesibilidad de las personas con discapacidad, eliminando barreras y se propone la medida **“Hacia una Europa sin barreras para las personas con discapacidad”**, se promueve la mejorar de infraestructuras y los servicios en el transporte público, acceso a las nuevas tecnologías, y para las personas que sufren una discapacidad grave la utilización de tecnologías de apoyo, elaboración de políticas adecuadas que reflejen el estado de la salud, la protección social, la seguridad en el trabajo, el empleo y la educación<sup>48</sup>.

La Iniciativa Comunitaria **EQUAL**, para el periodo (2000-2006) encaminada a promover la cooperación transnacional, para promocionar nuevos métodos de lucha contra las discriminaciones y desigualdades de toda clase en relación con el mercado de trabajo y establecer una cooperación transnacional que promueva nuevos medios para combatir todas las formas de discriminación y todas las desigualdades en el mercado de trabajo<sup>49</sup>.

En la reunión del Consejo del 2001, se declara el año 2003 como el **Año Europeo de las personas con discapacidad**, que tendría tres objetivos principales que son: promover la plena aplicación de la Directiva que establece la igualdad de trato en el ámbito de empleo y la ocupación, reforzar

---

<sup>45</sup> Directiva 2000/78/ del Consejo Europeo, de 27 de noviembre de 2000. DOUE (L2000)

<sup>46</sup> Consejo Europeo de Niza, 7, 8 Y 9 de diciembre de 2000.

<sup>47</sup> Ratificación, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, el 13 de diciembre de 2007.

<sup>48</sup> Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, de 12 de mayo de 2000. (COM 2000) 284

<sup>49</sup> Comunicación de la Comisión, de 14 de abril de 2000, (C2000) 853

la integración de la discapacidad en todas las políticas comunitarias pertinentes y potenciar la accesibilidad para todos<sup>50</sup>.

En 2003 a razón del Año Europeo de las personas con discapacidad, nace el **“Plan de Acción; Igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad”**, donde integra todas las políticas comunitarias pertinentes, incluidas estrategias específicas para los países del Este de nueva incorporación, se contó con el apoyo operativo del Fondo Social Europeo. Este Plan tuvo carácter plurianual con un informe bianual en el que se analizarían los pasos sucesivos que se tomen. La primera fase, 2004-2005, la segunda, 2006-2007. Tuvo una continuidad hasta el año 2010<sup>51</sup>.

En 2005 se declara el año 2007 como “Año Europeo de la Igualdad de Oportunidades para todos” hacia una sociedad justa, promueve una sociedad con más cohesión y hace énfasis en la **discriminación múltiple** que afecta de manera especial a las mujeres con discapacidad<sup>52</sup>. La UE proporcionará el apoyo necesario a través del programa de acción comunitario para la accesibilidad y la no discriminación de las personas con discapacidad, donde aparecen de forma explícita en la regulación general de Fondos Estructurales, y especialmente en el Fondo Social Europeo para el periodo 2007-2013<sup>53</sup>. Respecto al Fondo Social Europeo, apoyará las medidas adoptadas y reforzará los objetivos pertinentes de la Comunidad en materia de educación y formación, al incremento de la participación de las personas económicamente inactivas en el mercado de trabajo, a la lucha contra la exclusión social, en particular de grupos desfavorecidos, tales como las personas con discapacidades, al fomento de la igualdad entre mujeres y hombres y la no discriminación (art. 2.2)<sup>54</sup>.

Para el periodo 2008-2010, la **Agenda Social Renovada** se basa en los resultados de la Estrategia de Lisboa en materia de estabilidad económica y empleo. Estos objetivos serán alcanzados en el ámbito comunitario mediante la puesta en marcha de legislación, una financiación adecuada y la cooperación de los Estados miembros. La Comisión quiere renovar el Método Abierto de Coordinación (MAC) en materia de juventud y reforzarlo en materia de protección e integración social independientemente de la religión o creencias, la discapacidad, la edad o la orientación sexual en el acceso a bienes y servicios<sup>55</sup>.

---

<sup>50</sup> Decisión 2001/903 del Consejo Europeo, de 3 de diciembre de 2001. DO (L335)

<sup>51</sup> Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 30 de octubre de 2003. (COM 2003) 650 final.

<sup>52</sup> Decisión nº 771/2006CE del Parlamento Europeo y el Consejo de 17 de mayo de 2006 (DO L146)

<sup>53</sup> Reglamento Consejo Europeo nº 1083/2006, de 11 de julio de 2006. (art.16)

<sup>54</sup> Reglamento Consejo Europeo nº 1081/2006, de 5 de julio de 2006. (art.2.2) DO L 213

<sup>55</sup> Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 2 de julio de 2008. (COM 2008) 412 final

Finalmente, la **Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020**<sup>56</sup> se basa en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y complementa la Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del Tratado de Lisboa. Constituye un compromiso renovado para una Europa sin barreras, y su correspondiente Plan Inicial de ejecución. La Decisión del Consejo relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros, tiene por objeto capacitar a las personas con discapacidad para que puedan participar en la sociedad y la economía en igualdad de condiciones, y así disfrutar plenamente de sus derechos. Se trata de una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador y tiene por objetivo alcanzar una tasa de empleo del 75 % de los hombres y las mujeres con edades comprendidas entre los 20 y los 64 años antes de 2020. Mejorando la cualificación de los trabajadores y las condiciones de trabajo, con el fin de conseguir condiciones favorables de empleo de calidad. Europa 2020 propone tres prioridades de crecimiento; Inteligente, Sostenible, e Integrador, donde hace alusión en su Anexo I, a la inclusión social<sup>57</sup>.

#### IV.5 La discapacidad en la normativa española.

En el sistema jurídico español, las fuentes en Derecho Laboral son: Constitución, Tratados y Convenios Internacionales, Leyes (que son la principal fuente del Derecho laboral) y Reglamentos. Siendo la normativa básica que regula el trabajo, Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, (LET), Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LPL), Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales (LPRL), Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (LIONDAU), Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

Es a partir de los años 50 es cuando se empieza hablar de discapacidad, a consecuencia de las secuelas físicas dejadas por la II Guerra Mundial y la postguerra. Se toman una serie de medidas para atenderlas, aunque se basan solo un modelo médico. El **Decreto 907/1966, de 21 de abril, aprobando el texto articulado primero de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social**, en los artículo 139 y siguientes regula las “prestaciones recuperadoras”, contiene ciertos privilegios como el derecho a programas recuperadores como; la rehabilitación funcional, orientación profesional, y formación profesional, por readaptación al trabajo habitual

---

<sup>56</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 15 de noviembre de 2010 (COM 2010) 636 final

<sup>57</sup> Decisión del Consejo de 21 de octubre de 2010. Relativa a las orientaciones para las políticas de empleo de los Estados miembros. (2010/707/UE). Anexo (L 308/49).

anterior o por reeducación para un nuevo oficio o profesión solo a los trabajadores que hayan sido declarados inválidos permanentes con posibilidad razonable de recuperación, lo que deja claro que no existía un modelo social y de atención universal.

Quienes hubieren sido declarados con una incapacidad permanente, parcial o total para la profesión habitual, podían disfrutar de los beneficios de empleo selectivo, con una preferencia absoluta para regresar a sus anteriores puestos de trabajo, obligando al empresario a su readmisión, a la reserva de puestos de trabajo y a fijar cupos de readaptados y rehabilitados a quienes habrán de dar la misma ocupación en proporción a sus plantillas. Los declarados como Inválidos Absolutos y Grandes Inválidos, podían beneficiarse de su admisión en los centros pilotos de carácter especial. Se establecen medidas de fomento para el acondicionamiento de los puestos de trabajo para discapacitados, organización de talleres protegidos, créditos para su establecimiento como trabajadores autónomos, y el pago de cuotas de este Régimen General. (arts. 139, 140, 141, 142 y 143).

La norma relativa sobre **empleo de trabajadores con discapacidad**<sup>58</sup> llegó en 1970 a través de una medida de reserva de puestos de trabajo para empleados con discapacidad según sea su condición y dando preferencia aquellos empleados que tengan recuperación plena funcional, se obliga a las empresas con más de 50 empleados a ofertar un 2 por 100 de puestos reserva de su plantilla para discapacitados, salvo en empresas que el Ministerio de trabajo las excluya por su peligrosidad, toxicidad, o penosidad del puesto de trabajo. A las empresas que contraten por encima de lo exigido recibirían bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social, y ayudas para los Centros de empleo protegido. La contratación de estas personas solo podría hacerse a través de las oficinas de colocación, (arts. 10, 11, 12, 13, 14, 16, 17).

No fue hasta el año de 1978, con la **promulgación de la Constitución Española**<sup>59</sup>, cuando la discapacidad tuvo el reconocimiento debido como una cuestión de Derechos Humanos, siendo estos el fundamento del orden político y de la paz social. Aunque la discapacidad no aparezca de forma expresa, se la puede encuadrar dentro de los apartados cuando hace referencia a España, como un Estado social y democrático de Derecho, que menciona a la igualdad como un valor superior dentro del ordenamiento jurídico (art 1.1), estableciéndoles a los poderes públicos el mandato de promover las condiciones o remover los obstáculos que se opongan a la realización efectiva de la libertad e igualdad (art.9.2), cuando hace referencia a “cualquier otra condición o circunstancia personal o social” (art. 10.1), y reafirmando lo dicho cuando dice que todos los Españoles somos iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación de ningún tipo

---

<sup>58</sup> Decreto 2531/1970, de 22 de agosto, sobre empleo de trabajadores minusválidos. (arts. 10, 11, 12, 13, 14, 16, 17)

<sup>59</sup> CE – Constitución Española, entrada en vigor el 29 de diciembre de 1978.

(art.14). Aunque el precepto más específico lo encontramos dentro de los principios rectores de la política social y económica (art. 49), que hace alusión a las personas con discapacidad, concediéndoles a los poderes públicos la realización de una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que se otorga a todos los ciudadanos. Y siendo necesaria una Ley de desarrollo para que pueda ser alegado ante los tribunales (art. 53.3).

### **Derechos de las personas con discapacidad y su inclusión social**

La Ley 13/1982 de 7 de abril, de **Integración Social de los Minusválidos** (LISMI) fue una Ley pionera en reconocer los derechos de las personas con discapacidad, y en diseñar el sistema de integración laboral en España. La LISMI<sup>60</sup> se inspiró en el artículo 49 de la CE, donde se le impone al Estado la obligación de prevención, los cuidados médicos y psicológicos, la rehabilitación adecuada, la educación, la orientación, la integración laboral, la garantía de unos derechos económicos, jurídicos sociales mínimos y la Seguridad Social. Y define que la integración laboral podría hacerse de dos maneras, como es el sistema ordinario de trabajo o a través del trabajo protegido obligando a las empresas con más de 50 empleados fijos, reservar un mínimo del 2 por 100 de su plantilla para personal con discapacidad, o si se hace a través de Centros Especiales de Empleo, o centros ocupacionales, dependiendo de la capacidad residual de minusvalía. Posteriormente, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de **igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad**, refuerza los derechos de los discapacitados a través de la tutela antidiscriminatoria al posibilitar la introducción de medidas consistentes en la prohibición de conductas discriminatorias y de acoso, exigencias de accesibilidad y exigencias de eliminación de obstáculos y de realizar ajustes razonables<sup>61</sup>. La LISMI y la Ley 51/2003 han sido objeto de refundición y derogación por el RDL 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la **Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social** (LGDPDIS), de acuerdo con la autorización dada al Gobierno por la Disposición final segunda Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas

---

<sup>60</sup> Actualmente derogada por el RDL 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

<sup>61</sup> Fundamentada en los artículos 9.2, 10, 14 y 49 de la CE, se promulga como complemento a Ley de Integración Social de los Minusválidos. Tal vez la razón más impórtate que justifica esta Ley son las desventajas con las que se encuentra una persona con discapacidad tanto en sus dificultades personales, como en los obstáculos y condiciones limitativas de accesibilidad, percibiéndose claramente una forma sutil de discriminación indirecta. Así que el objetivo de esta ley fue poner en marcha dos estrategias de intervención que operen simultáneamente sobre las condiciones personales y sobre las condiciones ambientales, que son “la lucha contra la discriminación y la accesibilidad universal”

con Discapacidad, para regularizar, aclarar y armonizar, particularmente, los contenidos de estas leyes.

El vigente Capítulo VI del Título II de la LGDPDIS incorpora el catálogo de derechos específicos en el ámbito laboral y en capítulo siguiente los derechos de protección social de los discapacitados. En cuestiones sobre **igualdad de oportunidades, no discriminación y tutela**, se establece la garantía de nulidad contenida doblemente en el artículo 35.5 LGDPDIS y en el artículo 17.1 del LET<sup>62</sup>, “Se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo...”. Así como las condiciones que garanticen la igualdad de trato de las personas discapacitadas y la no discriminación, directa e indirecta, y la tutela antidiscriminatoria (arts. 75 y ss. LGDPDIS y arts. 95, 96 y 148.c) Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social).

Esta tutela antidiscriminatoria se refuerza en el ámbito laboral con la **tutela sancionadora**. La Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social<sup>63</sup>, tipifica como faltas muy graves, las decisiones del empresario que impliquen discriminación directa o indirecta desfavorable, el acoso por discriminación cualquiera que sea el sujeto activo del mismo siempre que sea conocido por el empresario y éste no hubiera adoptado las medidas necesarias para impedirlo) y que se establezcan procesos o condiciones de selección mediante publicidad, difusión o por cualquier otro medio, que constituyan discriminaciones para el acceso al empleo.

Antes de la promulgación de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de **Prevención de Riesgos Laborales** (LPRL), la seguridad e higiene estaba contenida en algunos artículos de la LGSS y del ET y contaba con un instrumento técnico en el Instituto de Seguridad e Higiene en el Trabajo. La

---

<sup>62</sup> En la redacción dada por el artículo 37.4 de Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que incorporan al ordenamiento español las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE. La primera garantizaba a las personas con discapacidad, la igualdad de trato independientemente de su origen racial o étnico, y la segunda que hace referencia a adopción de los ajustes razonables e igualdad de trato en el ámbito de empleo y la ocupación. Su pretensión es luchar contra las discriminaciones basadas en la religión o convicciones, la discapacidad, la edad y la orientación sexual. Así que se adoptaron estos conceptos de transcripción literal.

En cuestiones como la protección ante la discriminación directa e indirecta, también establece que una diferencia de trato basada con alguno de los factores de discapacidad “no supondrán discriminación cuando, debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre que el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado.

Otras modificaciones efectuadas en el texto refundido de la LET, además del artículo 17.1, se refieren a la discriminación por razón de discapacidad cuando se está en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo, en situaciones de acoso (art 4.2 c, e), en la existencia de agencias de colocación con fines lucrativos (art 16.2), constituyendo el acoso una de las causas de despido disciplinario (art. 54.2 g)

<sup>63</sup> Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (arts. 8.12, 8.13bis, 16.1 c)



LPRL toma como base el artículo 40.2 de la CE y las Directivas de la Unión Europea, cuyo objetivo será la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores mediante la prevención de los riesgos derivados de su trabajo.

Constituye uno de los principios de la acción preventiva “Adaptar el trabajo a la persona, en particular en lo que respecta a la concepción de los puestos de trabajo, así como a la elección de los equipos y los métodos de trabajo y de producción, con miras, en particular, a atenuar el trabajo monótono y repetitivo y a reducir los efectos del mismo en la salud” (art. 15.1.d) LPRL). Aunque con redacción diferente, se puede observar, en cierta medida, una manifestación del principio de “ajustes razonables de adaptación del trabajo a la persona”, que permite inferir la adaptación a las circunstancias particulares de las personas con discapacidad. Si bien, donde se incluye de manera más específica a las personas discapacitadas es en el artículo 25 (LPRL), obligándole al empresario a garantizará de manera específica la protección de los trabajadores que tengan reconocida la situación de discapacidad física, psíquica o sensorial, teniendo en cuenta dichos aspectos en las evaluaciones de los riesgos y, en función de éstas, adoptar las medidas preventivas y de protección necesarias.

Pero fue más tarde cuando el concepto de ajustes razonables pasó a formar parte del ordenamiento jurídico mediante la transposición de la Directiva 2000/78/CE en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, y, singularmente para los trabajadores discapacitados, en la introducción del artículo 37 bis en la LISMI por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (vigente artículo 40.2 LGDPDIS): *“Los empresarios están obligados a adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad de la empresa, en función de las necesidades de cada situación concreta, con el fin de permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, desempeñar su trabajo, progresar profesionalmente y acceder a la formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario.*

*Para determinar si una carga es excesiva se tendrá en cuenta si es paliada en grado suficiente mediante las medidas, ayudas o subvenciones públicas para personas con discapacidad, así como los costes financieros y de otro tipo que las medidas impliquen y el tamaño y el volumen de negocios total de la organización o empresa.”*

En suma, los trabajadores discapacitados, como el resto de trabajadores, tienen derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud, a la información, consulta y participación, formación en materia preventiva, paralización de la actividad en caso de riesgo grave inminente y vigilancia de su estado de salud.

No faltan **otras medidas para favorecer la integración de personas con diversidad funcional**. Así, con el objetivo de favorecer y posibilitar el acceso y la transmisión del conocimiento y de la

información potenciando las relaciones individuales y sociales, en 2007 se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordoceguera<sup>64</sup>. De otro lado, para promover las condiciones para que la libertad e igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas y garantizar el derecho a participar en los asuntos públicos directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal se aprueba el Reglamento sobre las condiciones básicas para la participación de las personas con discapacidad en la vida política y en los procesos electorales (Real Decreto 422/2011, de 25 de marzo). Igualmente, con fundamento en el artículo 4 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad para “asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad”, se aprueban la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y el Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, que modifican diferentes textos legales.

---

<sup>64</sup> Ley 27/2007, de 23 de octubre, por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas.

## **V. DISCAPACIDAD, SUSPENSIÓN - EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO.**

La discapacidad como tal, la podemos enmarcar dentro de dos extremos, uno que hace referencia a las personas que tienen una discapacidad congénita, y no logran incorporarse al mercado de trabajo, y por otro están aquellos trabajadores que, habiendo iniciado su vida laboral sin ningún tipo de deficiencia funcional, acarrear una discapacidad a raíz de una enfermedad común, profesional, o accidente laboral.

En el medio de estos dos extremos nos encontramos con matices, como es el caso de las personas que por no tener el “estatus” reconocido mediante declaración administrativa como “Discapacitado”, no se ven amparadas jurídicamente.

### **V.1 Incapacidad Temporal del trabajador**

Mientras el trabajador se encuentra en situación de Incapacidad Temporal, el contrato de trabajo se encuentra suspendido por enfermedad con reserva de puesto (art. 45 ET), con un tope de duración máxima establecido en 365 días desde el inicio de la situación de Incapacidad Temporal, recibiendo un subsidio económico dispensado por el INSS, siempre que cumpla con el periodo de carencia exigido, y recibiendo atención sanitaria para su recuperación hasta que reciba el “Alta médica” del Servicio Provincial de Salud, Mutua Colaboradora con la Seguridad Social (solo Contingencias Profesionales), o porque los inspectores médicos del INSS así lo decidan.

El alta médica será emitida por motivo de: (art. 170 LGSS).

- Curación o incomparecencia injustificada a los reconocimientos médicos exigidos por el INSS.
- Por inicio de un expediente de Incapacidad Permanente.
- Por reconocer la situación de prórroga expresa, cuando hay indicios de curación, con un límite de 180 días.

En caso de disconformidad con la Resolución, podrá impugnarse en el plazo de 4 días naturales del alta, ante la Inspección médica del Servicio Público de Salud. Si este discrepara del criterio de la entidad gestora tendrá la facultad de proponerle, en el plazo máximo de 7 días naturales, la reconsideración de su decisión, si no hay pronunciamiento alguno en los 11 días naturales siguientes a la fecha de la Resolución, el “alta médica” será efectiva, y el trabajador debe reincorporarse a su trabajo, de lo contrario podrá ser sancionado por ausencia injustificada al trabajo.

Para que la situación de Incapacidad Temporal no se extinga, es necesario una declaración de prórroga por parte del INSS y por el tiempo que el EVI estime, que lo harán cuando haya expectativa de recuperación o la mejora del estado del trabajador, con un plazo máximo de 180

días. Cuando se llega a los 545 días desde el primer parte de baja y aun no se consigue una respuesta médica de alta con propuesta de Incapacidad Permanente, el legislador le otorgara al INSS otro plazo y sin opción de poder ir más allá de 730 días contados desde el inicio de la Incapacidad Temporal.

Antes de agotar estos plazos, se tendrá que dictar Resolución, valorando necesariamente la Incapacidad Permanente (grado y cuantía de la prestación) o, la extinción de esta situación.

En caso de disconformidad con la Resolución, podrá ser impugnada, a través de demanda judicial en el plazo de 30 días desde que el trabajador reciba la notificación de la respuesta del INSS, o desde que pueda entender desestimada la misma por silencio negativo.

Existen casos en que las lesiones que tienen carácter de “Lesiones permanentes no incapacitantes”, pero que no llegan a constituir un grado de Incapacidad Permanente, reciben una indemnización por una sola vez, por parte del Sistema de Seguridad Social (art. 201 LGSS)

## V.2 Incapacidad Permanente del trabajador

Para acceder a una Incapacidad Permanente, en la mayoría de los casos se tiene que pasar previamente por una situación de Incapacidad Temporal, entendiéndose que ha habido una pérdida de la capacidad laboral del trabajador. El grado de dicha capacidad se determinara según la enfermedad, o en función del porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo, para su profesión o grupo profesional en el que se encontraba al tiempo de sufrirlo, encuadrando al trabajador dentro de una Incapacidad Permanente Parcial, o Permanente en los grados de; Total, Absoluta o Gran Invalidez (DT 26 a) LGSS)<sup>65</sup>.

- 1º. La Incapacidad Permanente Parcial para la profesión habitual: “sin alcanzar el grado de total, ocasione al trabajador una disminución no inferior al 33 por ciento en su rendimiento normal para dicha profesión, sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de la misma”
- 2º. Incapacidad Permanente Total para la profesión habitual: “la que inhabilite al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta”.
- 3º. Incapacidad Permanente Absoluta: “para todo trabajo la que inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio”.
- 4º. Gran invalidez: “la situación del trabajador afecto de incapacidad permanente y que, por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite la asistencia de otra persona

---

<sup>65</sup> RD 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. Disposición transitoria 26ª.

para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos” (art. 194.2 LGSS, Disposición transitoria 26<sup>a</sup>).

Los dos primeros grados de Incapacidad Permanente, están vinculados a la profesión habitual del trabajador, y los dos últimos a la inhabilitación para todo trabajo.

### V.3 Incapacidad Permanente Parcial, o con lesiones no invalidantes

No se extingue el contrato de trabajo, sino que se suspende mientras el trabajador está de baja o incapacidad temporal. Una vez que es declarado en situación de incapacidad permanente parcial, el trabajador tiene derecho a su reincorporación en la empresa, en las condiciones siguientes: Si la Incapacidad Permanente Parcial no afecta el rendimiento normal del trabajador en el puesto de trabajo que ocupaba antes de incapacitarse, el empresario deberá reincorporar al trabajador en su mismo puesto. En cambio, si acredita una disminución en el rendimiento del trabajador deberá ocuparlo en un puesto de trabajo *adecuado* a su capacidad residual y, si no existiera, podrá reducir proporcionalmente el salario, sin que en ningún caso la disminución pueda ser superior al 25 por 100 ni que los ingresos sean inferiores al salario mínimo interprofesional cuando se realice jornada completa (Art. 1.1 RD 1451/1983).<sup>66</sup>

Por otra parte, la empresa puede encontrarse con ciertas dificultades, por las que no siempre pueda dar ocupación a este trabajador, tales como:

- Haber celebrado un contrato de interinidad para sustituir al trabajador incapacitado.
- En el caso de la creación de un nuevo puesto, le supondría a la empresa un coste extra que en muchos casos resulta difícil asumir por razones económicas, organizativas o productivas.
- El conseguir acondicionar un puesto de trabajo ya existente, también podría acarrear consecuencias perjudiciales para otros trabajadores, como quitarle carga de trabajo a uno, para compartirla con el reincorporado y con la correspondiente reducción de salario para los dos (según jornada realizada).
- O causando el efecto inverso de sobrecarga para un trabajador que terminará haciendo la parte de trabajo que el reincorporado no pueda desempeñar, también podrá reducir su salario si se acredita la disminución de su rendimiento.

**Incapacidad Permanente Total**, distingue entre las tareas esenciales de su profesión, considerando incluida la que realizaba habitualmente el trabajador. No hay extinción automática del contrato de trabajo, porque su grado de discapacidad será compatible con funciones distintas

---

<sup>66</sup> RD 1451/1983, de 11 de mayo, por el que en cumplimiento de lo previsto en la Ley 13/1982, de 7 de abril, se regula el empleo selectivo o las medidas de fomento del empleo de los trabajadores minusválidos (art. 1,2,3).

a las que venía desarrollando anteriormente. Además, si a juicio del órgano de calificación, se declara en la resolución que la situación de incapacidad del trabajador va a ser previsiblemente objeto de revisión por mejoría que permita su reincorporación al puesto de trabajo, subsistirá la suspensión de la relación laboral, con reserva del puesto de trabajo, durante un periodo de dos años a contar desde la fecha de la resolución por la que se declare la incapacidad permanente (art. 48.2 ET). Si como consecuencia de la revisión médica en un plazo inferior a dos años, después de recibir las prestaciones recuperadoras, tenga la posibilidad de pasar a un grado menor o a la condición de “Aptos” para el trabajo, ostentan el derecho a “preferencia absoluta para su readmisión en la última Empresa en que trabajó, en la primera vacante que se produzca en su categoría o grupo” (Art. 2.1, RD 1451/1983). O vuelva por recolocación pactada por convenio colectivo.

En el caso de no reconocerse la mejoría previsible en la Resolución inicial que declara la Incapacidad Permanente Total, el contrato se extinguirá (art. 49.1 e) ET).

#### **V.4 Incapacidad Permanente Absoluta y Gran Invalidez**

Quedaran inhabilitados para todo trabajo y contractualmente quedara extinto el contrato de trabajo, salvo en los casos que se suspenda el contrato durante un periodo de dos años, como se ha señalado para incapacidad permanente, por una previsible mejoría a juicio del órgano calificador.

Esta extinción no tiene reconocido indemnización alguna, salvo en las que pudieran estar establecidas por convenio colectivo o contrato individual. En el caso de que la Incapacidad sea causada por accidente de trabajo o enfermedad profesional, podrían existir consecuencias indemnizatorias en función de la responsabilidad empresarial.

La pérdida de la capacidad laboral del trabajador de forma involuntaria, y por razones de fuerza mayor es lo que le obliga al trabajador el incumplimiento contractual del contrato de trabajo, y como compensación esa pérdida económica, tendrá derecho a percibir una pensión.

## **VI. DESPIDO OBJETIVO POR ABSENTISMO E INEPTITUD SOBREVENIDA DEL TRABAJADOR.**

### **VI.1 Por Absentismo**

Este tipo de despido le permite al empresario decidir de manera unilateral la finalización del contrato de trabajo, justificando el incumplimiento contractual por parte del trabajador, basando los hechos en todo el tiempo que el trabajador pueda estar incapacitado para el cumplimiento de sus funciones.

Está claro que cuando una persona se encuentra en situación de Incapacidad Temporal, se trata de una cuestión involuntaria y de fuerza mayor, pero que no supone garantía alguna al trabajador, para no ser objeto de despido, argumentando la razón en un despido Objetivo por absentismo”. Los empleadores pueden despedir a estos trabajadores en situación de Incapacidad Temporal cuando consideren que el trabajador llega a unos porcentajes de jornadas intermitentes sin acudir al trabajo, de manera reiterada y duración breve, aunque dichas faltas sean justificadas, siempre y cuando puedan probar lo que marca la legislación en su artículo 52 apartado d) del Estatuto de los Trabajadores, “que alcancen el veinte por ciento de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el cinco por ciento de las jornadas hábiles, o el veinticinco por ciento en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses, excepto en los casos de ausencias por enfermedad que se prorrogan durante más de veinte días consecutivos”

Aunque en una reciente sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha, del 10 de abril de 2019, Sentencia (nº 553/2019), se ratifica la nulidad de un despido objetivo basado en faltas de asistencia justificadas e intercurrentes de un trabajador con discapacidad reconocida (obesidad mórbida causante de una discapacidad 37%).

Se ha concluido que si los periodos de Incapacidad Temporal, computados a los efectos del despido, estaban vinculados a dicha enfermedad, estaríamos ante un supuesto de “discriminación indirecta por discapacidad”. Al comparar a un trabajador sin discapacidad, con un trabajador discapacitado, este último, está expuesto al riesgo adicional de padecer y sufrir periodos de incapacidad temporal motivados por una enfermedad relacionada con su discapacidad, corriendo un mayor riesgo de acumular días de baja por enfermedad y, por tanto, de alcanzar los límites previstos de faltas de asistencia. Aunque el artículo 52 d) LET, en su párrafo tercero, “Tampoco se computarán las ausencias que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave” no hace alusión específica a las personas que tengan una discapacidad reconocida legalmente, lo que desfavorece a los trabajadores con discapacidad.

Hay que recordar que la no reincorporación del trabajador en situación de Incapacidad Temporal, tras ser dado de alta médica o serle denegada la Incapacidad Permanente, puede ser motivo de despido disciplinario por falta injustificada al trabajo.

## VI.2 Ineptitud sobrevenida del trabajador.

Salvo que sea el propio trabajador quien sostenga la imposibilidad de realizar dicho trabajo, será el empresario quien tenga que acreditar la disminución en su rendimiento si opta por despedirlo alegando una “Ineptitud sobrevenida”.

El despido objetivo por ineptitud sobrevenida (art. 52 a) LET), es difícil de articular en la medida en que la ineptitud sobrevenida del trabajador tiene difícil encuadre con la baja médica. Es el empresario el que tiene la obligación de acreditar que la ineptitud es real y probada, para que pueda considerarse ajustada a derecho la extinción contractual por dicha causa, no solo los legales, sino los que pudieran estar establecidos en convenio colectivo aplicable, como la readaptación del puesto de trabajo, creación de uno nuevo, o ubicarle en una plaza vacante adaptada a sus características.

Puede considerarse procedente la resolución del contrato fundamentado en la “ineptitud del trabajador”, cuando el trabajador no alcance ninguno de los grados de Incapacidad Permanente, y le resulta incapaz realizar su trabajo ordinario, siempre que la enfermedad sea posterior a la fecha de iniciación del trabajo.

Estos procesos tan largos de espera para recibir una calificación de Incapacidad Permanente, es otra de las posibles causas que lleva a los empresarios a despedir cuando, el trabajador se encuentra aún en la primera fase de situación de Incapacidad Temporal, principalmente porque sabe los derechos que tienen los trabajadores declarados en situación de Incapacidad Permanente, y que considerando los intereses económicos de la empresa, no es rentable mantener en plantilla a un trabajador que, con frecuencia; cae enfermo, falte con reiteración, y le supongan afrontar todos aquellos derechos que marca la Ley, así como los ajustes razonables, que el empresario tiene el deber de acometer; recolocación en puesto de trabajo distinto, aunque no tiene la exigencia de crear uno nuevo, es una posibilidad cuando no existe vacante alguna, y tampoco sería lógico que ocupe uno de los puestos correspondientes a la cuota reserva para discapacitados, si eso conlleva el despido del trabajador que este ocupando ese sitio.



## VII. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA

### VII.1 Asunto Sonia Chacón Navas contra Eurest Colectividades SA.

Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 11 de julio de 2006, (Petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid) – Asunto (C-13/05)<sup>67</sup>

Esta sentencia adopta el primer concepto de “discapacidad”, intentando establecer si la enfermedad puede o no considerarse un factor de discriminación incluido en la directiva 2000/78/CE.

El caso a discutir en el Juzgado de lo Social es si el despido de una trabajadora en situación de Incapacidad Temporal, trasciende la improcedencia a la nulidad del mismo alegando la vulneración de prohibición de desigualdad de trato y de discriminación.

La jurisprudencia española califica este tipo de despido de improcedente, y no de nulo, argumentando que debido a que el Derecho español no conoce ninguna disposición específica de que la condición personal de «enfermedad» resulte relevante a efectos de impedir frente a ella prácticas discriminatorias, en otras palabras, que la extinción de un contrato de un trabajador que no se considera rentable por la empresa, no es factor de discriminación. “Aunque sí que podría serlo por otras circunstancias en las que resulte apreciable el elemento de segregación”.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea responde a las cuestiones planteadas por el Juzgado de lo Social español centradas en sí, la enfermedad podía considerarse incluida en la discriminación por discapacidad. El Juzgado de lo Social era favorable a la nulidad del despido por discriminación, argumentado equiparables “enfermedad” y “discapacidad”. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea valiéndose de la Directiva 2000/78/CE para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, añade tres observaciones:

Primero – que **la mera enfermedad no es equiparable a discapacidad**, por lo cual una persona que haya sido despedida por su empresario exclusivamente a causa de una enfermedad no está incluida en el marco general establecido por el artículo 2 de la Directiva 2000/78/CE.

Segundo – que esta Directiva, se opone a un despido por motivos de discapacidad que, habida cuenta de la obligación de realizar los ajustes razonables para las personas con discapacidad, no se justifique por el hecho de que la persona en cuestión no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate (arts. 2.1 y 3.1 c) Directiva 2000/78/CE).

---

<sup>67</sup> Directiva 2000/78/CE - Igualdad de trato en el empleo y la ocupación - Concepto de discapacidad.

Tercero – La enfermedad en cuanto tal no puede considerarse un motivo que venga a añadirse a aquellos otros motivos en relación con los cuales la Directiva 2000/78/CE prohíbe toda discriminación (apartados 43, 44 y 47).

- Apartado 43 – La finalidad de esta Directiva es combatir determinados tipos de discriminación en el ámbito del empleo y de la ocupación. En este contexto, debe entenderse que el concepto de «discapacidad» se refiere a una limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas y que suponga un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional.
- Apartado 44 – Ahora bien, al utilizar en el artículo 1 de la mencionada Directiva el concepto de «discapacidad», el legislador escogió deliberadamente un término que difiere del de «enfermedad». Así pues, es preciso excluir la equiparación pura y simple de ambos conceptos.
- Apartado 47 – De las consideraciones anteriores resulta que una persona que ha sido despedida por su empresario exclusivamente a causa de una enfermedad no está incluida en el marco general establecido por esta Directiva para luchar contra la discriminación por motivos de discapacidad.

### **Conclusión.**

Quedando ratificada la tesis de improcedencia del despido por Incapacidad Temporal. Para que pueda calificarse la nulidad del despido, era necesario que la enfermedad fuera o se previera que fuera de larga duración pudiendo equipararse a la discapacidad, en caso de que la empresa no adoptara los ajustes razonables para la persona discapacitada, o cuando estuviera presente un elemento de segregación (cuando el factor sea la propia enfermedad).

Siete años más tarde, esta postura TJUE cambia, y queda reflejado en sentencias posteriores como; la de 11 de abril de 2013, asunto HK Danmark, (asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11), en la que da el concepto de “discapacidad” a la limitación de la capacidad durante un largo periodo para participar en la vida profesional, concepto fundado en el apartado 45 de la sentencia de 11 de julio de 2006, Chacón Navas (C-13/05), en el sentido de la Directiva 2000/78/CE. Concepto que nuevamente fue ratificado, en la sentencia de 18 diciembre de 2014, en el caso Fag og Arbejde, (C-354/13).

### **VII.2 Asunto Fag og Arbejde (FOA), contra Kommunernes Landsforening (KL).**

Dinamarca – Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala cuarta) de 18 de diciembre de 2014, asunto (C-354/13).

La cuestión planteada aquí, es la posibilidad de considerar la obesidad como una discapacidad, y por consiguientes si se encuentra amparada por la Directiva 2000/78/CE.

El Sr. Kaltoft desempeño los servicios de cuidador infantil, en su propio domicilio, en el municipio de Billund (Dinamarca), durante 15 años, mediante un contrato indefinido con la empresa Billound Kommune, que forma parte de las Administraciones publicas de Dinamarca.

El pacifico entre las partes del litigio principal que durante el tiempo que el Sr. Kaltoft trabajo para la empresa mencionada, estaba “obeso”. Esta a su vez le proporciono apoyo económico durante un año en el marco de su política de salud. En 2010 después de un año de permiso por motivos familiares, se reincorpora al trabajo nuevamente, y recibió varias visitas inesperadas de la responsable de cuidados infantiles, para interesarse de su pérdida de peso y comprobar que prácticamente no había variado. El 1 de noviembre de ese mismo año, se le comunica por teléfono la intención de despedirle, y 3 días después, la empresa se lo comunica formalmente argumentando que “tras un examen en concreto a la vista del número decreciente de niños, y por consiguiente de la carga de trabajo, que tiene consecuencia económicas graves para el servicio de cuidados de niños y para la organización de este”. El Sr. Kaltoft al no entender porque fue el único trabajador despedido, presento un escrito haciendo observación de su convicción de que su despido se debía su obesidad. Circunstancia que lo llevan a recurrir el despido por discriminación, recurso que interpone ante el Tribunal de Kolding que considera necesario aclarar la relación de la obesidad con el principio de no discriminación consagrado en el Derecho de la Unión, con la Directiva 2000/78/CE y, más concretamente, con la discapacidad.

Se plantea ante el Tribunal de Justicia, cuatro cuestiones:

- Primero – ¿De si es contraria a Derecho de la Unión, una discriminación por motivos de obesidad en el mercado de trabajo, en general, o por parte de un empleador público, en particular?

TJUE responde; El Derecho de la Unión no consagra, como tal, un principio general de no discriminación por razón de obesidad en el ámbito del empleo y la ocupación.

- Segundo – ¿Si el Derecho de la Unión de la discriminación por motivos de obesidad es directamente aplicable a la relación entre un nacional danés y su empleador?
- Tercero – ¿En caso de que se presuma producida una discriminación, la carga de la prueba le corresponderá al empleador contra el que existe la denuncia?

TJUE responde; Habida cuenta de la repuesta dada a la primera cuestión prejudicial, no procede responder a las cuestiones prejudiciales segunda y tercera.

- Cuarto - ¿Puede considerarse la obesidad como una discapacidad cubierta por la protección que brinda la Directiva 2000/78/CE [...], y, en su caso, que criterios resultan determinantes para apreciar que la obesidad de una persona implicada en concreto la

protección de dicha persona por la prohibición de discriminación por motivo de discapacidad, prevista en la citada Directiva?

TJUE responde; Debe interpretarse en el sentido de que, a los efectos de dicha Directiva, la obesidad de un trabajador puede considerarse como “discapacidad” cuando acarree una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas, a largo plazo, que, al interactuar con diversas barreras, pueda impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores. El tribunal nacional será el encargado de comprobar si concurren dichos requisitos.

### **Conclusión.**

La obesidad en si no puede considerarse una discapacidad, pero cuando hay una limitación a largo plazo derivada de dolencias física, mentales o psíquicas, que funcionan como barreras para la persona afectada.

Lo que dice la Directiva 2000/78/CE, es que la definición de, “discriminación por obesidad” no se encuentra de manera expresa en esta norma, pero sí que se puede encuadrar, dentro del apartado que hace referencia a, “determinadas condiciones que impiden a la persona de que se trate, la participación plena y efectiva en la vida profesional, en igualdad de condiciones con los demás trabajadores”, concepto tomado del apartado 25, de la sentencia, HK Danmark, (asuntos acumulados C-335/11 y C-337/11).

A mi parecer, en este caso en concreto considero que, la obesidad ha sido un factor de estigmatización, que ha repercutido de forma negativa en el momento que la empresa quiere prescindir de parte de la plantilla, pero curiosamente el Sr. Kaltoft, fue el único al que despidieron, sin hacer ningún tipo de selección entre todos los trabajadores como, por ejemplo; empezar por los de menos antigüedad en la empresa. Por otra parte, es de suponer que las razones que motivaron a la empresa a prescindir de un trabajador, eran ciertas, “un número decreciente en la carga de trabajo, generaba consecuencias económicas graves para el servicio de cuidados de niños y para la organización de este”, resulta más evidente la influencia de un prejuicio social, considerando el factor “obesidad”, como un riesgo a largo plazo como; el desarrollo de enfermedades crónicas que puedan provocar ciertas limitaciones, como el movimiento, en este caso la agilidad para el cuidado de niños, y otras patologías físicas y psicológicas que puede acarrear. Así que el contratante puede entrar a valorar si es mejor para su empresa despedir al trabajador pagándole la indemnización legalmente establecida para el despido, o el mantenimiento del contrato de un trabajador, que posiblemente cause situaciones de absentismo, o necesite la adaptación de su puesto de trabajo, suponiendo unos costes extras.

### VII.3 Asunto Mohamed Daouidi contra Bootes Plus, S.L

Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 1 de diciembre de 2016, (Petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona) – Asunto (C-395/15)

Esta sentencia tuvo especial trascendencia, porque resolvió acerca de la equiparación de la “Incapacidad Temporal Duradera” y el concepto de “Discapacidad”, a efectos de la Directiva 2000/78/CE, sobre Igualdad de trato en el empleo.

El Sr. Daouidi, mientras se encontraba en situación de Incapacidad Temporal, de duración incierta, a causa de un accidente laboral, fue despedido disciplinariamente. Los hechos expuestos por él, en la demanda son: la vulneración de su derecho fundamental a la integridad física, alegando como razón principal su situación de Incapacidad Temporal derivada de accidente de trabajo, considerándolo discriminatorio. Cabe destacar que, a causa del accidente laboral, estaba recibiendo asistencia sanitaria y prestaciones económicas del Servicio General de la Seguridad Social.

Así que el Juzgado de lo Social de Barcelona, decide suspender el procedimiento y plantearlo al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cinco cuestiones prejudiciales, por las que resuelve que:

- Cuatro de ellas tendrán que ser resueltas por los tribunales españoles, por no afectar el derecho de la unión.
- La quinta; matiza que, puede considerarse discriminatorio, cuando la enfermedad equiparable a la discapacidad es “duradera” o “a largo plazo”, sin que necesariamente tenga que ser incurable (art.1 pfo.2, Convención de la Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, del 13 de diciembre de 2006).

#### Conclusión.

Lo relevante de esta cuestión, es que TJUE, concluyo en uno de sus pronunciamientos que; el despido de un trabajador que se encuentra en situación de Incapacidad Temporal, puede ser considerado discriminatorio y, por tanto, nulo si la limitación de la capacidad del trabajador se califica, no solo cuando la enfermedad sea o haya certeza de que será de “larga duración”, sino también en los casos en que la duración tenga carácter “incierto”.

Se vieron motivos suficientes que llevaron a pensar. que la causa principal del despido no fue el hecho en sí del accidente laboral del trabajador, ni la situación inicial de Incapacidad Temporal, sino que la limitación que padecía, no presentaba indicios de que fuera a corto plazo, así que al considerar que la percepción del empresario sobre dicha Incapacidad Temporal se tornaba “duradera” y, en consecuencia, una situación de “discapacidad” a efectos de la Directiva 2000/78/CE.

## VII.4 Asunto Maximiliano contra Ferroser Servicios Auxiliares SA.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha, (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 10 abril de 2019. Sentencia (no 553/2019)

El Sr. Maximiliano, prestaba sus servicios profesionales con la categoría de "Limpiador", a la empresa Ferroser SA. desde el día 2 de Julio de 1993. El trabajador tiene reconocida administrativamente la condición de discapacitado desde el 2014, al padecer un grado de discapacidad del 37%, del cual un 32% lo es por limitaciones físicas (24% por enfermedad del sistema endocrino-metabólico [obesidad] y 10% por limitación funcional de la columna vertebral) y un 5% por factores sociales complementarios. Entre el 2014 y 2015 ha causado baja por enfermedad común durante seis periodos en el mismo año, por repetido motivo (vértigo, mareo, lumbago), cuyo origen patológico está en su discapacidad reconocida, justificada a través sus correspondientes partes médicos que acreditaba el motivo y la duración de la baja. No obstante, el trabajador no comunicó a la empresa su condición de discapacitado en momento anterior al planteamiento de la demanda. El 7 de julio de 2015, la empresa le comunica que ha decidido proceder a la extinción de su contrato de trabajo por causas objetivas, "por faltas de asistencia al trabajo justificadas" en base al artículo 52.d) LET.

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla la Mancha, ratifica la nulidad, del despido objetivo basado en faltas de asistencia justificadas de un trabajador con discapacidad reconocida, con vulneración de derechos fundamentales, en sentencia dictada, el 7 de marzo de 2018, por el Juzgado de lo Social de Cuenca. Sentencia que resolvió en base a dos cuestiones prejudiciales, planteadas al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por las que se resuelve:

- Al evaluar la aplicación de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, al despido de un trabajador en circunstancias que puedan dar lugar a una discriminación indirecta a efectos de la Directiva, procede evaluar primeramente la aplicación del artículo 2, apartado 2, letra b), inciso ii), y del artículo 5 de la Directiva.
- A efectos de apreciar la validez de una medida nacional que:
  - o permite al empresario despedir a un trabajador al que debe considerarse discapacitado, en el sentido de la Directiva 2000/78/CE
  - o Debido a la falta o faltas de asistencia al trabajo de dicho trabajador ocasionadas por su discapacidad.
  - o y que establece un umbral o una serie de umbrales que deben superar esa falta o faltas de asistencia para que el despido sea válido, según criterios formulados en los apartados 71 a 91 de la STJ de 11 de abril de 2013, HK Danmark (C-335/11 y C-337/11, EU:C:2013:222).

Corresponde al Juzgado de lo Social remitente determinar si la medida nacional controvertida es adecuada y necesaria.

### **Conclusión.**

Carece de legalidad el señalamiento de la empresa, de su falta de conocimiento sobre la discapacidad del trabajador, considerándolo poco relevante, frente a las cuestiones que se plantean. No se ha tenido en consideración las desventajas que se aprecian, si se compara a un trabajador sin discapacidad, con un trabajador discapacitado, este último está expuesto al riesgo adicional de estar de baja por una enfermedad relacionada con su discapacidad. De modo que, corre un mayor riesgo de acumular días de baja por enfermedad y, por tanto, de alcanzar los límites previstos en el artículo 52d) LET, que para la Directiva 2000/78/CE, en sus artículos 2.2, b) inciso ii), y artículo 5; este precepto legal perjudica a los trabajadores discapacitados suponiendo una clara diferencia de trato “indirecta” por motivos de discapacidad.

En la definición del inciso ii) “respecto de las personas con una discapacidad determinada, el empresario o cualquier persona u organización a la que se aplique lo dispuesto en la presente Directiva, esté obligado, en virtud de la legislación nacional, a adoptar medidas adecuadas de conformidad con los principios contemplados en el artículo 5 para eliminar las desventajas que supone esa disposición, ese criterio o esa práctica” – se refiere a que no se exige que la medida afecte a todos los miembros de un colectivo, sino aquellos a quienes se les pueda ocasionar una desventaja particular, como es el caso de personas con una discapacidad determinada respecto a otras que tengan otra distinta o, que simplemente no la tengan.

Esta Directiva asume que, en un ámbito de discapacidad genérica, los ajustes razonables son la única manera de responder a la discriminación indirecta, donde el empresario puede alegar que los ha hecho en un caso concreto cuando se ha requerido, o bien que no ha realizado por suponerle una carga excesiva.

Muchas veces cuando hablamos de “discriminación indirecta” hacia las personas con discapacidad, lo relacionamos con la falta de accesibilidad a los edificios, transportes públicos, y dificultades de accesibilidad a los distintos entornos con los que nos podemos encontrar diariamente, pero el sentido de la palabra es mucho más amplio.

### **VII.5 Asunto Sra. M.E.S.Z.**

Sentencia del Tribunal Constitucional 118/2019, de 16 de octubre de 2019. Cuestión de inconstitucionalidad núm. 2960-2019, planteada por el Juzgado de lo Social núm. 26 de Barcelona,

Se acuerda plantear cuestión de inconstitucionalidad, en relación con el artículo 52 d) del texto refundido de la Ley del estatuto de los trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre. (procedimiento núm. 977-2016)

Lo que vamos a ver, es la constitucionalidad o inconstitucionalidad del artículo 52 d) LET, por vulneración de los arts. 15, 35.1 y 43.1 CE. Dependiendo de ello se estimará la procedencia o nulidad del despido considerando acreditadas, las ausencias, y correctos los períodos considerados y los cálculos de porcentajes expresados en la carta de despido.

Sra. M.E.S.Z. fue despedida por causas objetivas, fundadas en el art. 52 d) LET. Interpuso demanda, solicitando que se declarase la nulidad del despido por la vulneración de derechos fundamentales de los arts. 15, 35.1 y 43.1 CE “porque conlleva una evidente amenaza o coacción hacia el trabajador enfermo, al disuadirle de permanecer en situación de incapacidad temporal por temor a ser despedido” (Se dicta providencia).

### **Antecedentes.**

El abogado del Estado y la fiscal general del estado, solicitan la desestimación de la cuestión de inconstitucionalidad.

Mediante providencia de 15 de octubre de 2019, se señaló para deliberación y votación de la presente sentencia el día 16 del mismo mes y año.

### **Fundamentos jurídicos.**

Respecto a la integridad física (art. 15 CE)

- Cabe recordar al respecto que este Tribunal ha reconocido, en una consolidada doctrina. Defiende que la cuestión ya fue objeto de análisis por el TJUE, en su sentencia de 18 de enero de 2018, (asunto C-270/16, Ruiz Conejero), en la que se resolvía una cuestión prejudicial sobre la adecuación de ese precepto a la Directiva 2000/78/CE, que consideró legítimo el objetivo perseguido por la norma “combatir el absentismo laboral” para mantener un equilibrio entre los intereses de la empresa (art. 38 CE) y la seguridad y salud de los trabajadores (arts. 15 y 43.1 CE). Que existe en efecto una cierta conexión entre el derecho a la integridad física (art. 15 CE) y el derecho a la protección de la salud (art. 43.1 CE), pero sin que ello pueda llevar a identificar o confundir ambos derechos.

Respecto a la vulneración a la protección de la salud (art. 43.1 CE).

- Se ha pretendido mantener un equilibrio entre el legítimo interés de la empresa de paliar la onerosidad de las ausencias al trabajo, que se conecta con la defensa de la productividad (art. 38 CE) y la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores, por lo que cabe concluir que el art. 52 d) LET no vulnera el derecho a la protección de la salud que el art.



43.1 CE reconoce, ni tampoco, valga añadir, el derecho de los trabajadores a la seguridad en el trabajo (art. 40.2 CE).

Respecto a la vulneración del derecho al trabajo (art. 35.1 CE).

- Concluye que, Aunque el art. 52 d) LET supone una limitación al derecho al trabajo, tiene un objetivo legítimo —lucha contra el absentismo— y los medios empleados —despido indemnizado, con reglas y excepciones— son adecuados y proporcionados, por lo que el precepto cuestionado no puede considerarse contrario al art. 35.1 CE.

#### **Fallo.**

El Tribunal Constitucional, ha decidido desestimar la presente cuestión de inconstitucionalidad. A pesar de esto, es interesante analizar las objeciones de cuatro de sus magistrados, que en su votación alegaron una posición discrepante, a los fundamentos jurídicos en los que se sustenta la sentencia, por las vulneraciones de los arts. 15, 43 y 35.1 CE, respecto al art. 52 d) LET.

Voto particular, del magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré, al que se adhiere el magistrado don Cándido Conde-Pumpido Tourón.

- Alega: Que la resolución debería haber resultado estimatoria de la cuestión de inconstitucionalidad por vulneración del art. 35.1 CE.

Voto particular del magistrado, don Juan Antonio Xiol Ríos.

- Alega: Discrepancia con la fundamentación jurídica en la que se sustenta la sentencia, por las vulneraciones de los arts. 15, 43 y 35.1 CE.
- Resulta coincidente con; la expuesta en el voto particular formulado por la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón, en los arts. 15 y 43 CE, y la expuesta por el magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré, art. 35.1 CE

Voto particular de la magistrada, doña María Luisa Balaguer Callejón

- Alega: posición discrepante con el fallo y con los razonamientos que lo sustentan, de acuerdo con los argumentos que defendió en la deliberación del Pleno.

#### **Respecto a la vulneración del derecho al trabajo (art. 35.1 CE).**

Los cuatro magistrados coinciden en opinión con el derecho al trabajo (art. 35.1 CE), en base a resoluciones aprobadas anteriormente concretan este derecho en su vertiente individual, “en el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedido sin justa causa”. La “justa causa”, podría ser, el objetivo legítimo del art. 52 d) LET, la de combatir el absentismo laboral o, de reducir costes o, que atañe a la defensa de la productividad de la empresa. Y si existe otra posible “justa causa”, como las dolencias de la trabajadora, y que son la causa de sus repetidas ausencias, asociados a una misma patología, pero que no están previstas, en el apartado segundo de las excepciones del art. 52 d) LET. La controversia estaría en la “calificación” de la causa

como “justa o no justa”, por esta razón, la Constitución debería respetar, el derecho al trabajo y la justa causa extintiva en particular.

También se añade las observaciones de que la reforma laboral, por Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero en su modificación del art. 52 d) “se excluye los datos del conjunto de los trabajadores y se centra exclusivamente en los datos individuales del afectado o afectada por la medida extintiva de la relación laboral”. Facilitando así los despidos objetivos por absentismo. Y que, no se debería permitir la utilización, de la libertad de empresa garantizada en el art. 38 CE como fundamento de la decisión extintiva del contrato de trabajo del art. 52 d) LET, y su articulación como medio para combatir el absentismo laboral.

Fundamentos jurídicos del Tribunal, respecto a la vulneración del derecho al trabajo (art. 35.1 CE).

- El Tribunal concluye que; aunque el art. 52 d) LET supone una limitación al derecho al trabajo, tiene un objetivo legítimo “la lucha contra el absentismo” y los medios empleados, “despido indemnizado, con reglas y excepciones”, son adecuados y proporcionados, por lo que el precepto cuestionado no puede considerarse contrario al art. 35.1 CE.

**Respecto a la vulneración de la integridad física (art. 15 CE), y la vulneración a la protección de la salud (art. 43.1 CE).**

Dos de los cuatro magistrados, discrepan sobre todas las cuestiones planteadas que vulneran los derechos a la integridad física y moral (art. 15), protección de la salud (art. 43) y el derecho al trabajo (35.1 CE). Reconocen vulneración por el art. 52 d) LET del art. 43 CE, que reconoce el derecho a la protección de la salud, con el derecho a la integridad física y moral del art. 15 CE. De ahí que para poder apreciar la aducida vulneración del art. 15 CE “no es preciso que la lesión de la integridad se haya consumado, basta con que exista un riesgo relevante de que la lesión pueda llegar a producirse” (STC 221/2002, de 25 noviembre, 2002, entre otras).

No hay que dejar de lado, lo dispuesto en el Convenio 158 de la OIT, ratificado por España por instrumento de 18 de febrero de 1985, cuyo art. 6.1 dispone que “la ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o lesión no deberá constituir una causa justificada de terminación de la relación de trabajo”.

En STJUE de 18 de enero de 2018, asunto Ruiz Conejero (C-270/16) también, permite otras lecturas más conformes con la Constitución a la hora de aplicar el art. 52 d) LET y de enjuiciar su aplicación. A partir del concepto de “discapacidad” que se fija en su párrafo 28, en el sentido de la Directiva 2000/78/CE. La regla del art. 52 d) LET puede desfavorecer a los trabajadores con discapacidad, y de este modo suponer una diferencia de trato indirecta por motivos de

discapacidad, en el sentido del art. 2.2, letra b) de la Directiva. En definitiva, será el órgano jurisdiccional el que deberá evaluar, respecto de las personas con discapacidad, si los medios previstos en dicho precepto no van más allá de lo necesario para alcanzar la finalidad establecida de combatir el absentismo.

La discriminación indirecta se contempla en la Ley Orgánica 3/2007, y se define la discriminación indirecta por razón de sexo, en el art. 6.2 – definiéndola como ‘la situación en que una disposición, criterio o práctica, aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que las medidas para alcanzar dicha finalidad sean necesarias y adecuadas’.

En sentencia anterior, al parecer queda excluida la discriminación por razón de discapacidad, pero no llega a igual conclusión respecto de la “discriminación por razón de sexo”, que si contempla el art. 35.1 CE, este análisis no se abordó en la sentencia aprobada por mayoría de los magistrados. Pero que, en base a otras doctrinas, señala que; para la denuncia de una discriminación indirecta por razón de sexo, son necesarios dos aspectos, en primer lugar, se requiere de una norma o una interpretación o aplicación de la misma que produzca efectos desfavorables para un grupo formado mayoritariamente, aunque no necesariamente de forma exclusiva, por mujeres. En segundo lugar; se requiere que los poderes públicos no puedan probar que la norma que dispensa una diferencia de trato responde a una medida de política social, justificada por razones objetivas y ajenas a toda discriminación por razón de sexo.

En estos supuestos, para que quepa considerar vulnerado el derecho y mandato antidiscriminatorio consagrado en el art. 14 CE debe producirse un tratamiento distinto y perjudicial de un grupo social formado de forma claramente mayoritaria por mujeres, respecto de bienes relevantes y sin que exista justificación constitucional suficiente que pueda ser contemplada como posible límite al referido derecho’.

La incorporación de la discriminación indirecta como contenido proscrito por el art. 14 CE repercute en la forma de abordar el análisis de este tipo de discriminaciones, pues deberá atenderse necesariamente a los datos revelados por la estadística (STC 128/1987, de 14 de julio, FJ 6).

Para poder abordar el análisis de este tipo de discriminaciones, deberá atenderse a los datos relevados por la estadística (datos estadísticos ofrecidos por el INE y otros estudios oficiales) referentes a la discriminación indirecta. Llegando a la inequívoca conclusión de que existe una discriminación indirecta por razón de sexo en el art. 52 d), por afectar en mayor medida a la mujer.

Una vez analizados estos datos, se ha llegado a la conclusión que, a pesar de la evolución de la mujer en el mercado laboral, siguen sufriendo en mayor medida que los hombres la carga de la

doble jornada, laboral y familiar. Repercutiendo de manera negativa en su salud y vida laboral, esto unido a sus condiciones fisiológicas, las deja expuestas en mucha mayor medida a sufrir bajas por incapacidad laboral de corta duración o a faltas de asistencia debidas a sus cargas familiares, que pueden quedar sometidas a la aplicación del art. 52 d) LET.

Fundamentos jurídicos del Tribunal, respecto a la vulneración, de la integridad física (art. 15CE)

- Cabe recordar al respecto que este Tribunal ha reconocido, en una consolidada doctrina. Defiende que la cuestión ya fue objeto de análisis por el TJUE, en su sentencia de 18 de enero de 2018, (asunto C-270/16, Ruiz Conejero), en la que se resolvía una cuestión prejudicial sobre la adecuación de ese precepto a la Directiva 2000/78/CE, que consideró legítimo el objetivo perseguido por la norma “combatir el absentismo laboral” para mantener un equilibrio entre los intereses de la empresa (art. 38 CE) y la seguridad y salud de los trabajadores (arts. 15 y 43.1 CE). Que existe en efecto una cierta conexión entre el derecho a la integridad física (art. 15 CE) y el derecho a la protección de la salud (art. 43.1 CE), pero sin que ello pueda llevar a identificar o confundir ambos derechos.

Fundamentos jurídicos del Tribunal, respecto a la vulneración, a la protección de la salud (art. 43.1 CE).

- Se ha pretendido mantener un equilibrio entre el legítimo interés de la empresa de paliar la onerosidad de las ausencias al trabajo, que se conecta con la defensa de la productividad (art. 38 CE) y la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores, por lo que cabe concluir que el art. 52 d) LET no vulnera el derecho a la protección de la salud que el art. 43.1 CE reconoce, ni tampoco, valga añadir, el derecho de los trabajadores a la seguridad en el trabajo (art. 40.2 CE).

### **Conclusión.**

Puedo destacar la repercusión que ha tenido la normativa europea, en influencia a la doctrina española, especialmente la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Dando un cambio de enfoque en la resolución de algunas cuestiones, que discrepan en el derecho interno. Han recurrido a ella, el abogado y la fiscal general del Estado en sus alegaciones, a través de la STJUE de 18 de enero de 2018, (asunto C-270/16, Ruiz Conejero), para defender el objetivo de legitimidad del art. 52 LET “combatir el absentismo laboral, como una medida de política de empleo”,

El TJUE, consideró legítimo el objetivo perseguido por la norma aceptando las alegaciones presentadas por el Gobierno español, que justifica que el párrafo segundo y último, contiene la exclusión del cómputo de faltas de asistencia, a los efectos del despido objetivo, de determinadas ausencias como las debidas a bajas médicas de duración superior a veinte días consecutivos o las

debidas a accidentes de trabajo o a enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia, así como las que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave. Evitando así que se produjeran situaciones injustas o perversas que vulneren los derechos del trabajador. Lo que no considero el TJUE, es que, en estos nuevos tiempos, existen otra serie de situaciones que no están tipificadas como tal, en ese cuadro de excepciones, por lo que se debería enfocar la norma de otra manera.

A título personal, considero que para eliminar dichas discrepancias con el art. 52 d) LET, sería necesaria una reforma del art. 52 d) ET, párrafo ultimo – ampliando su contenido a otro tipo de situaciones que afectan a la salud de los trabajadores que, aunque no tengan la gravedad, ni consideración de una discapacidad, no le permitan realizar sus funciones de la vida cotidiana, en las mismas condiciones de aquellas que no las padece. Encontrándose en una situación menos beneficiosa de cara al cómputo de faltas por asistencia o ausencia, ya que una persona aquejada por una enfermedad o dolor, será más propensa a causar baja por incapacidad laboral, que una que no lo tiene.

## VIII. CONCLUSIONES.

Como hemos podido observar en la legislación tanto nacional como comunitaria, el concepto de discapacidad se ha ido ampliando con el paso del tiempo, pasando de un modelo médico a uno médico-social, modificando normas que protegen los derechos de igualdad ante la Ley y no discriminación, que ampare a un mayor número de personas con discapacidad. A pesar de que los esfuerzos realizados han sido varios, la realidad es que las personas con discapacidad se siguen encontrando con grandes barreras, que dificultan su acceso al mercado de trabajo sin dejar de lado los prejuicios sociales que existen hacia este colectivo. Sin ir más lejos, las lagunas que contiene la redacción de muchas normas que se han confeccionado para su protección, han dado paso a la mala aplicación e interpretación de las mismas, dejando en una especie de limbo a muchas personas que por su condición no tienen el “estatus” que se reconoce mediante declaración administrativa como “Discapacitado”, pero que son personas aquejadas por una enfermedad, o dolencias simples que les impide participar de la vida profesional de manera normal.

Así que, haciendo un balance de todo el trabajo realizado, destacare las normas que ha mi parecer tienen especial trascendencia en la defensa de estas personas, en la actualidad. Destacando así la norma de referencia, a nivel internacional, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada en 2006 en Nueva York, ratificada por España en Madrid, el 23 de noviembre de 2007 y cuya entrada en vigor se produjo el 3 de mayo de 2008. Le da el reconocimiento a la discapacidad en un concepto de EVOLUCIÓN más allá del modelo médico y social, y habla de la INTERACCIÓN entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. En cuanto a trabajo y empleo, dice que protegerán el derecho, de las personas incluidas aquellas que “adquieran una discapacidad durante el empleo”, este aspecto es muy importante, teniendo en consideración que los cambios en el mundo del trabajo, a causa de la tecnología, van tan rápido que en ciertos aspectos no estamos preparados para vivirlos, que nos suponen unos nuevos hábitos de vida, pero también nuevos riesgos, como por ejemplo nuevas enfermedades, asociadas a los riesgos psicosociales, que terminan desencadenando en enfermedades profesionales, repercutiendo negativamente en la relación laboral. Muchas de esas enfermedades, aun no son diagnosticadas como tal, sino que se definen con otros nombres, como “síndromes”, pero que más tarde terminaran afectando a un gran número de población será cuando se tomen medidas para apalearlas.

Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico.

Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Lo que más destaco de esta norma es la referencia que hace a adopción de los “ajustes razonables”.

Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. Cabe destacar el precepto en el que se establece la garantía de nulidad, “Se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el empleo...”

## IX. BIBLIOGRAFÍA.

### Referencias de autores.

Aránguez Sánchez, T. (2018). El despido por enfermedad a la luz del principio de igualdad. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 51, 325-35.

Cordero Gordillo, V. (2011). *Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo*. (194 colección laboral) Valencia: Tirant to Blanch, España.

Gómez Salado, M. A. (2018). Discapacidad, incapacidad temporal duradera y discriminación: ¿Es nulo el despido de un trabajador en situación de incapacidad temporal?. *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, 14, 69-90.

Martínez Gijón Machuca, M. (2017). *La extinción del contrato por enfermedad / discapacidad del trabajador*. (1ª ed.) Albacete: Editorial Bomarzo, España.

Mella Méndez, L. (Dir) (2017). *Los actuales cambios sociales y laborales: nuevos retos para el mundo del trabajo*. Fernández Martínez, S. (Coor.), *Cambios sociales y nuevos retos para la igualdad y la salud (España, Portugal, Francia, Italia, Brasil)*. (Vol. 2) Berna: Peter Lang, (pp. 407-487). Suiza.



## **X. ANEXO I.**

### **Legislación.**

Constitución Española. En BOE. Recuperado el 21 de noviembre de 2019.

[https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-1978-31229](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1978-31229)

Directiva. 2000/43/CE. En BOE. Recuperado el 21 de noviembre de 2019.

<https://www.boe.es/doue/2000/180/L00022-00026.pdf>

Directiva. 2000/78/CE. En BOE. Recuperado el 21 de noviembre de 2019.

<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2000-82357>

Estatuto de los trabajadores. En BOE. Recuperado el 21 de noviembre de 2019.

<https://www.boe.es/buscar/pdf/2015/BOE-A-2015-11430-consolidado.pdf>.

LIONDAU. En BOE. Recuperado el 21 de noviembre de 2019.

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2003-22066>

LISMI. En BOE. Recuperado el 21 de noviembre de 2019.

<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1982-9983>

LISOS. En BOE. Recuperado el 21 de noviembre de 2019.

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-15060>

LGSS. En BOE. Recuperado el 21 de noviembre de 2019.

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11724>

LPRL. En BOE. Recuperado el 21 de noviembre de 2019.

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-24292>

OIT. En Organización Internacional del Trabajo. Recuperado el 21 de noviembre de 2019.

<https://www.ilo.org/global/lang--es/index.htm>

OMS. Organización Internacional de la salud. Recuperado el 21 de noviembre de 2019.

<https://www.who.int/es>

ONU. En Naciones Unidas. Recuperado el 21 de noviembre de 2019.

<https://www.un.org/es/>



## **XI. ANEXO II.**

### **Jurisprudencia.**

CURIA. Sentencia. (C-354/13). Fag og Arbejde (FOA), contra Kommunernes Landsforening.

Recuperado el 21 de noviembre de 2019.

[https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j\\_6/es/](https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/es/)

CURIA. Sentencia. (no 553/2019). Maximiliano contra Ferroser Servicios Auxiliares SA.

Recuperado el 21 de noviembre de 2019.

[https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j\\_6/es/](https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/es/)

CURIA. Sentencia. (núm. 2960-2019). M.E.S.Z. Sentencia del Tribunal Constitucional inconstitucionalidad. Recuperado el 21 de noviembre de 2019.

[https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j\\_6/es/](https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/es/)

CURIA. Sentencia. (C-395/15). Mohamed Daouidi contra Bootes Plus, S.L. Recuperado el 21 de noviembre de 2019.

[https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j\\_6/es/](https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/es/)

CURIA. Sentencia. (C-13/05). Sonia Chacón Navas contra Eurest Colectividades SA.

Recuperado el 21 de noviembre de 2019.

[https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j\\_6/es/](https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/es/)